

МВС України
Харківський національний університет внутрішніх справ

Харківський обласний осередок Всеукраїнської громадської організації
«Асоціація цивілістів України»

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Тези доповідей учасників
науково-практичної конференції,
присвяченої світлій пам'яті
Олександра Анатолійовича Пушкіна

19–20 травня 2017 р.

Харків
ХНУВС
2017

УДК 346+347
ББК 67.404(4УКР)+67.410(4УКР)
П78

*Друкується відповідно до доручення
Харківського національного університету внутрішніх справ
від 14.02.2017 № 26*

Проблеми цивільного права та процесу : тези доп. учасників
П78 наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, 19–20 трав.
2017 р. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. облас-
ний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». –
Харків : ХНУВС, 2017. – 392 с.

У збірнику розміщено тези наукових доповідей та повідомлень, у яких
розглядаються актуальні проблеми цивільного, сімейного, господарського
процесуального та цивільного процесуального права.

УДК 346+347
ББК 67.404(4УКР)+67.410(4УКР)

*Матеріали викладені в авторській редакції з незначними коректорськими
правками. Відповідальність за точність поданих фактів, цитат, цифр і
прізвищ несуть автори та їх наукові керівники.*

*Електронна копія збірника безоплатно розміщується у відкритому доступі
на сайті Харківського національного університету внутрішніх справ
(<http://www.univd.edu.ua>) у розділі «Видавнича діяльність. Матеріали
науково-практичних конференцій, семінарів тощо», а також у репозитарії
ХНУВС (<http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/>).*

ЗМІСТ

СОКУРЕНКО В. В.	
ВІТАЛЬНЕ СЛОВО	13
БАНДУРКА О. М.	
СЛОВО ПРО ОЛЕКСАНДРА АНАТОЛІЙОВИЧА ПУШКІНА	15
СЛІПЧЕНКО С. О., ЧАЛИЙ Ю. І.	
СЛОВО ПРО ВЧИТЕЛЯ	19

ПЛЕНАРНЕ ЗАСІДАННЯ

КУЗНЄЦОВА Н. С.	
ПРЕДМЕТ ТА СИСТЕМА СУЧАСНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	22
МАРТЫНЕНКО И. Э.	
ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ОБЪЕКТОВ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ И ИХ РЕАЛИЗАЦИЯ В ПРАКТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	26
БОРИСОВА В. І.	
ГАРАНТУВАННЯ ВКЛАДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ	30
МАЙДАНІК Р. А.	
ЕВОЛЮЦІЯ РЕЧОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ	33
ЛУЦЬ В. В.	
КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО – ПІДГАЛУЗЬ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ.....	38
СПАСИБО-ФАТЄЄВА І. В.	
ПРИНЦИП СВОБОДИ ДОГОВОРУ	42
КОССАК В. М.	
ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ОСІБ У РАЗІ ПОРУШЕННЯ ЇХ ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ	45
СИНЄГУБОВ О. В.	
ПІДСТАВИ КОНВАЛІДАЦІЇ ПРАВОЧИНУ	47
ГАЛЯНТИЧ М. К.	
ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ У ЖИТЛОВІЙ СФЕРІ	50
СТЕФАНЧУК Р. О.	
ВИХІДНІ ДОКТРИНАЛЬНІ ЗАСАДИ ЩОДО ФОРМУВАННЯ НЕМАЙНОВОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА	54
СЛІПЧЕНКО С. О.	
БЕЗГОТІВКОВІ ГРОШІ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА	56
ХАЛАБУДЕНКО О. А.	
СОГЛАШЕНИЕ О ПЕРЕДАЧЕ ПРАВА КАК РАСПОРЯДИТЕЛЬНЫЙ АКТ В МОДЕЛЬНЫХ ПРАВИЛАХ ЕВРОПЕЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА DCFR	59

ЖОРНОКУЙ Ю. М.

ВКЛАД АЛЕКСАНДРА АНАТОЛЬЕВИЧА ПУШКИНА В СТАНОВЛЕНИЕ
УЧЕНИЯ О ЮРИДИЧЕСКОМ ЛИЦЕ И ЕГО СОВРЕМЕННОМ ТОЛКОВАНИИ..... 63

ГРИНЯК А. Б.

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ПРИРОДИ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ
ТА ЙОГО МІСЦЯ В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ..... 67

ХАРЧЕНКО В. Б.

ВЛАСНІСТЬ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ ЯК ОБ'ЄКТ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ..... 69

ЗАВАЛЬНА Ж. В.

ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ: ЩЕ РАЗ ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ЗМІН
ПРИ ДОСЛІДЖЕННІ ПРИВАТНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН..... 73

ЗАЙКА Ю. А.

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОХРАНЫ ПРАВ
И ИНТЕРЕСОВ ЗАВЕЩАТЕЛЯ 77

БОДНАР Т. В.

ВІДСУТНІСТЬ ЗГОДИ ЯК ПІДСТАВА ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНІВ
НЕДІЙСНИМИ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ 80

ВАСИЛЬЄВА В. А.

ЩОДО КАТЕГОРІЇ КОРПОРАТИВНОЇ ВЛАСНОСТІ 83

КІЗЛОВА О. С.

ЕЛЕКТРОННИЙ ДОГОВІР ЯК ПРАВОВИЙ СПОСІБ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ 85

ШИШКА Р. Б.

ЩОДО УНІВЕРСАЛІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА:
МЕТОДОЛОГІЧНИЙ КОНЦЕПТ 88

ОТРАДНОВА О. О.

ДОГОВІР ПРО ФІНАНСУВАННЯ СУДОВИХ ВИТРАТ У СПРАВАХ
ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ПОЗАДОГОВІРНОЇ ШКОДИ –
НОВІТНІЙ ТРЕНД СУЧАСНОЇ ЄВРОПИ..... 91

КРОЙТОР В. А.

ЗМІСТ ПРИНЦИПУ ПОЄДНАННЯ ГЛАСНОСТІ
ТА МОЖЛИВОСТІ ЇЇ ОБМЕЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ..... 93

ФЕДОРЧЕНКО Н. В.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВИХ ПОСЛУГ 96

БЕРВЕНО С. М.

ПРОТЕСТ ВЕКСЕЛЯ В НЕАКЦЕПТІ І НЕПЛАТЕЖІ 99

КРАСИЦЬКА Л. В.

ПЕРЕВАГИ ТА РИЗИКИ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ 102

ЯВОРСЬКА О. С.

СУДЖЕННЯ ПРО МЕТОДИ 106

КОСТРУБА А. В.	
ТЕОРЕТИЧНІ РОЗДУМИ ЩОДО ПОНЯТТЯ СУБ'ЄКТА ПРАВА	109
КАЛАУР І. Р.	
СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ОБ'ЄКТИВНА ОСНОВА ЗДІЙСНЕННЯ ТА ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ.....	112
МАХІНЧУК В. М.	
МЕХАНІЗМ ЗАСТОСУВАННЯ ДОКТРИНИ ЗНЯТТЯ КОРПОРАТИВНОЇ ВУАЛІ (PIERCING THE CORPORATE VEIL)	115
КОРОЄД С. О.	
НАПРЯМКИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ СУДОВИХ ПРОЦЕДУР В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.....	117
ПЕТРОВ Є. В.	
ПРОБЛЕМА РОЗМЕЖУВАННЯ ЮРИСДИКЦІЇ СУДУ	120
СТАРІНСЬКИЙ М. В.	
МЕХАНІЗМ НЕЙТРАЛІЗАЦІЇ НОРМ ПРАВА: ОБ'ЄКТИВНЕ ЯВИЩЕ ЧИ ТЕОРЕТИЧНЕ ПРИПУЩЕННЯ?	122
ПЛЕНЮК М. Д.	
ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ВІДНОСИН У МЕХАНІЗМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	124
КОДИНЕЦЬ А. О.	
ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	126
ЯКУБІВСЬКИЙ І. Є.	
КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ.....	129
КОТ О. О.	
ПОХІДНИЙ ПОЗОВ В СИСТЕМІ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ.....	132
КОЧИН В. В.	
МЕЖІ УЧАСТІ НЕФОРМАЛЬНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ	136
ХОМЕНКО М. М.	
МЕЖІ СВОБОДИ ДОГОВОРУ: ПОГЛЯД КРІЗЬ ПРИЗМУ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ...	139

СЕКЦІЯ

«ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ПРАВА»

ЗАЙЦЕВ О. Л.	
ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ.....	142
ГОРОБЕЦЬ Н. О.	
ПОЗОВНА ДАВНІСТЬ У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ	145
АВРАМОВА О. Є.	
ЕЛЕМЕНТИ ЖИТЛОВИХ ПРАВОВІДНОСИН	147

АДАМОВА О. С.	
КЛАСИФІКАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ ЗА ВОЛЬОВИМ КРИТЕРІЄМ У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЩОДО МОРСЬКОГО СТРАХУВАННЯ	149
БАРАНОВА Л. М.	
РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ.....	152
БЕК Ю. Б.	
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОГО СТРАХУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ІНВЕСТИТОРІВ УГОД ПРО РОЗПОДІЛ ПРОДУКЦІЇ.....	154
ВАЛАХ В. В.	
МЕСТО ПРАВОПРЕЕМСТВА В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА.....	156
ВЕЛИКАНОВА М. М.	
РИЗИК У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ: ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ.....	159
ГЕЛИЧ А. О.	
ОСОБЛИВОСТІ УПРАВЛІННЯ КОМУНАЛЬНОЮ ВЛАСНІСТЮ ШЛЯХОМ СТВОРЕННЯ ПІДПРИЄМСТВ.....	162
Д'ЯЧКОВА Н. А.	
ПРОБЛЕМИ ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ОПІКИ НАД МАЙНОМ	165
ДОРОШЕНКО Л. М.	
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВІДСУТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ЗА ВКАЗАНИМ ЇЇ МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯМ.....	168
ЭННАН Р. Е.	
ИНСТИТУТ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ	171
ЄВКО В. Ю.	
ВИДИ ПРЕЗУМПЦІЙ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ.....	175
ІГНАТЕНКО В. М.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ЕТАПИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ ОДНОСТОРОННІХ ПРАВОМІРНИХ ДІЙ	178
КАРЧЕВСЬКИЙ К. А.	
УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ НА ЕЛЕКТРОННИХ ТОРГАХ, ЩО ПРОВОДЯТЬСЯ З ВИКОРИСТАННЯМ ТЕХНОЛОГІЇ BLOCKCHAIN	181
КИРИЧЕНКО Т. С.	
СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ "СВОБОДА" ТА "ОСОБИСТА НЕДОТОРКАНИСТЬ" У СІМЕЙНОМУ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ.....	183
КОРОБЦОВА Н. В.	
КРИТЕРІЇ ЯКОСТІ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ.....	186
КУХАРЄВ О. Є.	
ДИСПОЗИТИВНІ ТА ІМПЕРАТИВНІ НОРМИ У СПАДКОВОМУ ПРАВІ	189

ЛИТВИН С. Й.	
ВІДКРИТА ЛІЦЕНЗІЯ ЯК ФОРМА РОЗПОРЯДЖЕННЯ АВТОРСЬКИМ ПРАВОМ НА ТВІР	191
МОРОЗ О. В.	
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ АКЦЕПТУ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ МАЙНА ДЕРЖАВНИХ ПІДПРИЄМСТВ	194
ПЕРВОМАЙСЬКИЙ О. О.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ЗДІЙСНЕННЯ ТА ВІДМОВУ ВІД СУБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА	197
ПЕЧЕНИЙ О. П.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИРОДУ ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ ТА ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ЇЇ ВІДКРИТТЯ	199
ПІХУРЕЦЬ О. В.	
ПРОБЛЕМИ ВИКОРИСТАННЯ «СИРІТСЬКИХ ТВОРІВ»	201
ПУЧКОВСЬКА І. Й.	
ЩОДО ЗАСТАВИ МАЙНОВИХ ПРАВ	204
РОЗГОН О. В.	
ВІДБРАННЯ ДИТИНИ БЕЗ ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ НА ПІДСТАВІ УХИЛЕННЯ ВІД ВИКОНАННЯ СВОЇХ ОБОВ'ЯЗКІВ ЧЕРЕЗ НЕСТВОРЕННЯ НЕОБХІДНИХ ЖИТЛОВО-ПОБУТОВИХ УМОВ	207
САВЧЕНКО А. С.	
ЩОДО ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ФОРВАРДНИХ КОНТРАКТІВ НА БУДІВНИЦТВІ ЖИТЛА	210
САДИКОВА Я. М.	
МНОЖИННІСТЬ У ПРЕДСТАВНИЦТВІ	213
СЕЛІВАНОВА І. А.	
ОСОБЛИВОСТІ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЄ ДІЯЛЬНІСТЬ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ, ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ ТА КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ	215
СОЛОВЬЄВ А. Н.	
СВОБОДА ПРАВА ЧАСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: СУБ'ЄКТИВНОЕ ПРАВО ИЛИ ЮРИДИЧЕСКАЯ ОБЯЗАННОСТЬ?	217
ТІХОНОВА М. А.	
ЩОДО ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА СПОРТСМЕНІВ НА СВОБОДУ ПЕРЕСУВАННЯ	220
ТКАЛИЧ М. О.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ДЕЛІКТНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СПОРТСМЕНІВ	222
ЦІКАЛО В. І.	
ВИДИ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ НЕДОТРИМАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА	224

ЧАЛИЙ Ю. І.	
СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК КРИТЕРІЙ ІСТИННОСТІ РЕЗУЛЬТАТІВ ЦИВІЛІСТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ	228
ШИШКА О. Р.	
КЛАСИФІКАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ ЗА ВОЛЬОВИМ КРИТЕРІЄМ: ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА	230
ШУМИЛО О. М.	
ЗАКОНОДАВЧЕ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ...	234
ЯСЕЧКО С. В.	
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОПОРОДЖУЮЧИХ ОДНОСТОРОННІХ ПРАВОЧИНІВ З НЕМАТЕРІАЛЬНИМИ БЛАГАМИ	236
БОРОВСЬКА І. А.	
ПАТРОНАТ НАД ДИТИНОЮ ЯК ФОРМА ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРИТ І ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ.....	239
БУРЛАКА І. В.	
ПРАВОВА ПРИРОДА ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ БЕЗ ВИНИ	241
ВАКУЛОВИЧ Е. В.	
ОБОВ'ЯЗКИ ОРЕНДОДАВЦЯ ПРИ ПЕРЕДАЧІ МАЙНА В ОРЕНДУ	245
ГНАТІВ О. М.	
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ ДЕРЖАВИ	247
ГНИЗДОВСКАЯ А. М.	
ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРИНЦИПА КОНТРАКТНОЇ СТАБІЛЬНОСТІ В ПРОФЕСІОНАЛЬНОМУ ФУТБОЛІ	249
ЄФІМЕНКО М. Ю.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ДЕРЖАВОЮ У СФЕРІ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	252
КАРНАУХ Б. П.	
БЕЗПІДСТАВНЕ ЗБАГАЧЕННЯ У ПРАВІ ДАВНЬОГО РИМУ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА	254
КОЖЕВНІКОВА В. О.	
ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА УКЛАДЕННЯ ОДНОСТАТЕВОГО ШЛЮБУ: КОМПАРАТИВІСТИЧНИЙ АСПЕКТ	256
МАРКОВА О. О., ШАПОВАЛ М. Д.	
АРХАЙЧНІСТЬ І СУЧАСНІСТЬ ОПЛАТНОСТІ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ.....	260
МЕНСЬКА О. А.	
ОСОБЛИВОСТІ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ АНТИКВАРНИХ РЕЧЕЙ НА АУКЦІОНІ.....	262
ОРЛОВ І. П.	
ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІНУ ТА СКАСУВАННЯ ЗАПОВІТУ	265

СВІТЛИЧНА Ю. О.	
ДЕРЖАВНА ІНВЕСТИЦІЙНА ПОЛІТИКА: ПИТАННЯ СЬОГОДЕННЯ.....	266
СИДОРЕНКО О. В.	
ТЕСТ ЩОДО ВИЯВЛЕННЯ УМОВ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ВИНАХОДАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З КОМП'ЮТЕРНОЮ ПРОГРАМОЮ	268
СІШУК Л. В.	
ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ УПРАВЛІННЯ У ПРИВАТНОМУ ПІДПРИЄМСТВІ	272
СКРИННІКОВА К. О.	
ПРОБЛЕМА НОРМАТИВНОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРАВ ПАЦІЄНТІВ У ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ	275
СОБОЛЄВ О. В.	
СМЕРТЬ ЯК БЛАГО	277
СУРЖЕНКО О. А.	
ЗАГАЛЬНЕ РОЗУМІННЯ ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ	279
СУЩ О. П.	
ПРАВА ТА ОБОВ'ЯЗКИ КОРПОРАТИВНОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ФОНДУ ЯК СУБ'ЄКТА ПРАВОВІДНОСИН З КОРПОРАТИВНОГО ІНВЕСТУВАННЯ.....	281
СЯДРИСТА І. І.	
ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРІВ ЗА СУБ'ЄКТИВНІ ЗЛОВЖИВАННЯ	283
ФІЛАТОВА Н. Ю.	
РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ УКЛАДЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОГОВОРІВ У СВІТЛІ ЗАПЛАНОВАНИХ ЗМІН ДО ЗАКОНОДАВСТВА	285
ШИШКА Н. В.	
ФОРМА УЧАСТІ ДЕРЖАВИ У ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ.....	289
ГОРДЄЄВА О. І.	
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКУВАННЯ ЗА БАНКІВСЬКИМИ ВКЛАДАМИ В УКРАЇНІ	292
КАМІНСЬКА Н. С.	
ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ПОРУШЕННЯМ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ТУРИСТИЧНИХ ПОСЛУГ	295
ХОДЄЄВА Н. В.	
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ВІКОВОГО ЦЕНЗУ ПРАВА НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СТАН СВОГО ЗДОРОВ'Я.....	298
ЗАМУРАВКИНА Р. М.	
ДОГОВІР НАЙМА ЖИЛИЩА: ВОПРОСИ СИСТЕМАТИЗАЦІИ	301
КАЦЮБА К. В.	
ДО ПИТАННЯ ПРАВОВІДНОСИН МІЖ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИМ ТОВАРИСТВОМ ТА ЙОГО УЧАСНИКАМИ	303

ВАШТАРЕВА Є. А.

ЯК РОЗУМІТИ «ЗБЕРЕЖЕННЯ МАЙНА» В КОНТЕКСТІ КОНДИКЦІЙНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ	306
--	-----

ЄФРЕМОВА І. О.

ПРО УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ	310
--	-----

КИРИЧОК А. В.

МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ САМОЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ	313
---	-----

КОЗАДАЄВ В. С.

ПОНЯТТЯ ВІЙСЬКОВОГО МАЙНА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ (ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ)	315
--	-----

КОЗИРЄВА М. І.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВА НА ОДЕРЖАННЯ ЧАСТИНИ АКТИВІВ ПРИ ЛІКВІДАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА	317
---	-----

КРИСА М. В.

ПРЕДМЕТ ЯК ІСТОТНА УМОВА ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ГЕОЛОГІЧНЕ ВИВЧЕННЯ НАДР ЗА ДЕРЖАВНИМ ЗАМОВЛЕННЯМ	320
---	-----

ЛІСНИЧА О. М.

МЕДІАЦІЯ ЯК ФОРМА ЗАХИСТУ ПРАВ ПАЦІЄНТІВ	322
--	-----

НАВАЛЬНЄВА Н. М.

ОДНОСТОРОННЯ РЕСТИТУЦІЯ ЯК САНКЦІЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ	324
---	-----

СІДЕЙ О. В.

ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЗАХИСТУ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ЗДОРОВ'Я	327
---	-----

СЛІПЧЕНКО А. С.

ПОНЯТТЯ «ЦИВІЛЬНИЙ ОБОРОТ»	330
----------------------------------	-----

ТАРАТУХІН М. Ю.

УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ В ЕЛЕКТРОННІЙ ФОРМІ	332
--	-----

ЦОПІНА Н. Л.

ПРО КОНСЕНСУАЛЬНІСТЬ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ)	334
--	-----

ДЕМЕДЧУК Н. І.

САМОЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ	337
---------------------------------	-----

ДІДИК В. А.

ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ	339
---	-----

ЗАЙЦЕВА А. Ю.

ПРОБЛЕМИ БАНКРУТСТВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ І В ПОДАЛЬШОМУ ЯК СПОСІБ ПОРОЗУМІННЯ МІЖ БАНКАМИ ТА НЕПЛАТОСПРОМОЖНИМИ ПОЗИЧАЛЬНИКАМИ	341
--	-----

КІРИК А. А. ДОКТРИНА ЗАНЯТТЯ КОРПОРАТИВНОЇ ВУАЛІ В ПРАВІ ШТАТУ КАЛІФОРНІЯ	342
КОБЗАРЬОВА Ю. А. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРІВ ЗА ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА	346
КОСІНОВА Д. С. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ХОЛДИНГОВИХ КОМПАНІЙ	348
КУЗНЕЦОВА І. В. АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНА РЕФОРМА В УКРАЇНІ – ОБМЕЖУЄ ЧИ РОЗШИРЮЄ ЦИВІЛЬНІ ПРАВА ГРОМАДЯН?.....	349
МАЧІХА Н. А. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НАБУТТЯ ПРАВ ВЛАСНОСТІ	351
МІНАСЯН К. А. АКЦІОНЕРНІ ТОВАРИСТВА: ПЕРЕВАГИ ТА НЕДОЛІКИ	353
МОТОРНА М. К. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРИ УКЛАДЕННІ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В УКРАЇНІ В ПОРІВНЯННІ З ЄВРОПЕЙСЬКИМИ КРАЇНАМИ.....	354
НІКОЛЕНКО Ю. П., ДІКЕВИЧ К. Г. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРІВ ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ ТОВАРИСТВА.....	357
СОЛОВЙОВА Я. С. ДИНАМІКА СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ	359
СОЛОМАХА Д. В. ІНСТИТУТ МЕДІАЦІЇ НА ШЛЯХУ СТАНОВЛЕННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА ДЕМОКРАТИЗАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА	361
ТУР А. В. ОСОБЛИВОСТІ ТА СПЕЦИФІКА ОБСТАВИН, ЩО ЗВІЛЬНЯЮТЬ ВІД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....	363
ШАПРАН В. С. КВАЛІФІКАЦІЯ ПРАВА НА ОСВІТУ	365

**СЕКЦІЯ
«ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ»**

КАЛАШНИК О. М. ЩОДО МОЖЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ПРИ РОЗГЛЯДІ СПОРІВ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ.....	367
КОВАЛЕНКО А. В., ФУРСА В. В. ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ І ПРИВАТНИХ ВИКОНАВЦІВ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ	370

АНТОНЮК О. І.

ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У РАЗІ ЙОГО ОБМЕЖЕННЯ З МЕТОЮ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ	372
---	-----

ПРУТ Ю. А.

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ІНШИХ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА ЇХ ФУНКЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ	376
---	-----

СТЕПАНЕНКО Т. В.

ПЕРСПЕКТИВИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ЧИСЛЕННИХ ГРУП ОСІБ У СВІТЛІ ПРОЕКТІВ ЦПК, ГПК ТА КАС УКРАЇНИ	378
--	-----

БЄЛІНСЬКА К.

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ ШЛЯХОМ НАДАННЯ НОТАРІУСАМ ФУНКЦІЙ МЕДІАТОРА	381
---	-----

ЦУВІНА Т. А.

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСУДОВОЇ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ	383
--	-----

БАХАЄВА А. С.

ПОЗИЦІЯ СУДУ ЩОДО ПОМИЛКИ ТА ОМАНИ ПРИ УКЛАДЕННІ ПРАВОЧИНІВ	386
--	-----

ТЕПЛЮК С. М.

РІШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ: ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ	389
--	-----

ШАНОВНІ УЧАСНИКИ КОНФЕРЕНЦІЇ

Вітаю Вас із початком роботи 18-ї науково-практичної конференції «Проблеми цивільного права та процесу», присвяченої світлій пам'яті професора Олександра Анатолійовича Пушкіна.

Ми запросили до участі у конференції не тільки провідних учених з цивільного права та процесу, а й молодих дослідників. Хочу подякувати всім тим, хто особисто бере участь у заході.

Щоб охопити якнайширше коло зацікавлених осіб, оргкомітет запросив до участі в конференції представників: судових і правоохоронних органів; багатьох провідних вищих навчальних закладів та науково-дослідних установ, у тому числі Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Національної академії внутрішніх справ, Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, Львівського національного університету імені Івана Франка, Запорізького національного університету, Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, громадських організацій, зокрема представників всеукраїнської громадської організації «Асоціація цивілістів України».

На жаль, складне становище в країні не дало змогу всім бажаючим взяти безпосередню участь у конференції.

У 2017 році виповнюється 92 роки від дня народження видатного вітчизняного вченого у сфері цивільного права, професора, доктора юридичних наук, лауреата Державної премії Української РСР, заслуженого юриста України Олександра Анатолійовича Пушкіна. Хоча ця дата й не є досить святковою, оскільки у цьому ж році минає 20 років, як з нами немає цього, без сумніву, цивіліста, наставника та вчителя з великої літери.

Олександр Анатолійович прожив складне життя. Ще юнаком йому довелося воювати на фронті в часи Великої Вітчизняної війни. Він брав участь у бойових діях на Карельському фронті, в Білорусії, на 3-му Українському фронті. Кавалер орденів Червоної Зірки, Вітчизняної війни.

У 1945 році майбутній професор розпочав навчання в Харківському юридичному інституті, після закінчення якого цілком присвятив себе науці. Отримавши диплом у 1949 році, залишився в аспірантурі інституту. Увесь повоєнний трудовий шлях О. А. Пушкіна пов'язаний із Харківським юридичним інститутом (нині – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), де він понад 40 років працював на посадах старшого викладача, заступника декана факультету, професора кафедри, завідувачого кафедрою цивільного права.

На 1992–1997 роки припадає завершальний етап плідної науково-педагогічної діяльності професора, пов'язаний зі становленням та динамічним розвитком харківського університету внутрішніх справ. У ньому О. А. Пушкін протягом трьох років очолював кафедру цивільно-правових дисциплін, а потім працював професором цієї ж кафедри. Завдяки зусиллям вченого відбулося становлення не лише кафедри, а й університетської цивілістичної школи. Творчий доробок О. А. Пушкіна складає близько 200 наукових праць. Усі наукові праці професора – глибокі в теоретичному плані, оригінальні за формою висвітлення питань і завжди практично спрямовані. Саме через це його роботи були і є

однаково корисними і науковцям, і практичним працівникам, і, звичайно ж, студентам. У Олександра Анатолійовича не було робіт незначних. Кожна з його статей та книг свідчить про глибоке опрацювання матеріалу, розуміння самих основ порушеної проблематики. Одна з фундаментальних наукових розробок, проведених професором, була присвячена проблемам юридичних осіб, де учений послідовно обґрунтовував її сутність через організаційну єдність. Ця праця одразу привернула увагу наукової спільноти цивілістів.

Останні роки життя видатного вченого були присвячені розробці проекту Цивільного кодексу України. У складі робочої групи, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 листопада 1995 року, він виконував обов'язки наукового координатора. На жаль, Олександр Анатолійович не дожив до моменту, коли Кодекс був прийнятий. Життя видатного науковця і педагога передчасно обірвалося 29 червня 1997 року.

Оцінюючі величезні здобутки класика вітчизняної цивілістики, не можна оминати увагою і особистісні якості професора О. А. Пушкіна. Він був відкритим, доброзичливим, порядним і при цьому відрізнявся принциповістю та самостійністю власних позицій та оцінок.

Тож не випадковим та вже традиційним стало проведення щорічної науково-практичної конференції, присвяченої світлій пам'яті професора О. А. Пушкіна, у стінах Харківського національного університету внутрішніх справ.

Питання, які виносяться на обговорення учасників конференції, вкрай важливі, оскільки від гармонізації цивільно-правової сфери залежить повноцінне функціонування громадянського суспільства в нашій країні. Адже цивільно-правові відносини є правовим фундаментом автономного існування особи, сім'ї, колективу в соціально-економічному просторі.

От і ця конференція має стати ще одним кроком нашого навчального закладу на шляху розвитку цивільно-правової та процесуальної науки, яка буде вдосконалюватися в полеміці сьогоднішніх доповідей.

Тож бажаю всім учасникам конференції творчого настрою, плідної дискусії та маю надію на те, що вона принесе не лише користь науці, а й інтелектуальне задоволення кожному з Вас.

**Ректор
Харківського національного університету внутрішніх справ,
доктор юридичних наук, доцент
Валерій Васильович СОКУРЕНКО**

СЛОВО ПРО ОЛЕКСАНДРА АНАТОЛІЙОВИЧА ПУШКІНА

26 червня 1997 року українська наука понесла тяжку втрату – помер видатний вчений, лауреат Державної премії України, Заслужений юрист України, доктор юридичних наук, професор Олександр Анатолійович Пушкін. Олександр Анатолійович народився 21 травня 1925 року в с. Кузнецово Нікопольського району Вологодської області. Після закінчення школи він у січні 1943 року був призваний в армію і з червня 1944 року воював у складі повітряно-десантних військ на Карельському фронті старшиною роти. За виявлену мужність під час бойових дій він був нагороджений медаллю «За відвагу» та орденом Червоної Зірки. Після закінчення війни О. А. Пушкін вступив до Харківського юридичного інституту, і з цього часу все його життя було присвячене служінню цивілістичній науці. У 1952 році він захистив кандидатську дисертацію, а в 1966 – докторську; працював викладачем, доцентом, професором кафедри цивільного права, займав посади заступника декана, декана, завідував кафедрою. З 1992 року пов'язав своє життя з Університетом внутрішніх справ. Олександр Анатолійович вів плідну наукову діяльність: він написав понад 200 наукових праць, був співавтором підручників з цивільного та сімейного права, під його керівництвом було захищено більше 30 кандидатських та 8 докторських дисертацій. Особливо великий його внесок у вдосконалення цивільного законодавства. Він брав участь у роботі дипломатичної конференції ООН з морського права, був науковим координатором робочої групи з розробки проекту нового Цивільного кодексу України, брав активну участь у підготовці багатьох законодавчих актів. За його плідний внесок у розвиток цивільного права, підготовку спеціалістів О. А. Пушкін був нагороджений орденом Трудового Червоного Прапора, Почесною грамотою Президента України, мав велику кількість подяк, премій тощо. Олександр Анатолійович був надзвичайно відкритою та чутливою людиною і в спілкуванні не робив різниці між видатним ученим, студентом чи курсантом.

Наукові дослідження О. А. Пушкіна не обмежувалися проблемами цивільного права і процесу, він проявив себе як учений енциклопедичних знань з різних галузей права, зокрема, з конституційного права.

У 1992 році в журналі «Розбудова держави»¹ була опублікована стаття «Проект Конституції України потребує удосконалення», в якій професором О. А. Пушкіним висловлені пропозиції щодо проекту Конституції України, які й сьогодні, коли знову здійснюється підготовка до змін і доповнень Основного Закону, залишаються актуальними. Автори статті (О. М. Бандурка, О. А. Пушкін, О. Ф. Скакун), серед яких провідним був О. А. Пушкін, висловлювали певні думки щодо проекту Конституції.

Проект Конституції України, винесений Верховною Радою України на всенародне обговорення 1 липня 1992 року, упорядкований відповідно до міжнародних актів про права людини з використанням конституційної теорії та практики цивілізованих держав Західної Європи і Америки, з урахуванням національної республікансько-демократичної конституційної традиції. Адже в Україні ще на початку XVII ст. був утворений перший у світі

¹ Бандурка О., Пушкін О., Скакун О. Проект Конституції України потребує удосконалення. *Розбудова держави*. 1992. № 5. С. 49–51.

проект демократичної конституції «Вивід прав України» П. Орлика, який став першою спробою оформити конституційно ідею незалежної української держави на основі демократичних принципів: поділу влади, системи представництва в ній від народу, виборності державних посадових осіб, додержання законів незалежно від службового становища. Демократична республіканська традиція позначилась на всіх наступних проектах, зокрема на двох проектах Конституції Української Народної Республіки 1920 року. Сьогодні в Україні діє третя Конституція УРСР (1919, 1937, 1978), яка не відповідає соціально-економічним і політичним перетворенням, що відбуваються після Акта проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 року. Вона обросла 212 поправками, що ускладнює користування нею. Перед народом України постало завдання прийняти нову конституцію, яка відповідала б його правовому статусу і втілювала мету про побудову правової держави у формі демократичної республіки.

На жаль, проект нової Конституції ще далекий від досконалості і потребує уважної детальної доробки, а місцями і переробки, узгодження в усіх його частинах, цілісності конструкції. Ми не схильні принижувати нового і цінного, що в ньому є, зокрема в розділі, присвяченому правам і свободам людини. Наша мета – сприяти його вдосконаленню з тим, щоб зробити Конституцію України не декларативним документом, а нормативним актом прямої дії, чітким і зрозумілим для громадян України.

Структура проекту. Структура проекту Конституції України занадто складна, громіздка. Проект містить 10 розділів, що складаються з 21 глави, а деякі глави (19, 20, 21) розбиті на підглави з позначенням літерами алфавіту. Проект не вільний від повторів і логічної непослідовності. В ньому багато зайвих норм, що мають міститися не в конституції, а в спеціальних законах. Наприклад норми, які визначають порядок роботи Національних Зборів і Кабінету Міністрів. Є і такі норми, які вирішують зовсім уже не властиві конституції питання, як, наприклад, обов'язок власника відшкодувати матеріальну і моральну шкоду іншим особам (ст. 71, ч. 2), або право власності на майно може належати одній особі або кільком особам спільно, місце яких в галузевому законодавстві. Як тут не згадати римського юриста Цицерона: «Вища законність, детально регламентована, є вища несправедливість». Основний закон повинен містити найголовніше, найнеобхідніше, найпринциповіше, даючи простір для вирішення конкретних справ на ґрунті не детальної приписів, а відповідно до загального змісту, закладеного в тому законі, з духом права, який має пронизати той закон, одухотворити всі механізми, усю структуру влади й управління, громадянське суспільство і кожну людину. Тому вважаємо, що Конституція не повинна бути переобтяженою не лише зайвими нормами, а й великою кількістю розділів. Вона може складатися, як максимум, із семи розділів чи глав: Розділ I. Основні (а не загальні) положення. Адже Конституція – не галузевий, а комплексний правовий акт. Розділ II. Людина, громадянське суспільство і держава (або: Громадянське суспільство. Права і обов'язки членів суспільства і держави). Цей розділ не може бути успішно відпрацьований без проробки концепції громадянського суспільства, акценту на провідній ролі громадянського суспільства у відносинах людини й держави. Розділ III. Територіальний устрій. Розділ IV. Державна влада. Розділ V. Місцеве і регіональне самоуправління. Розділ VI. Державні символи. Розділ VII. Порядок внесення змін і доповнень до Конституції.

Правова держава. 1-й розділ проекту Конституції «Основні положення» повинен включати три чітко визначених положення: народ, влада, територія, які становлять поняття держави. При цьому насамперед слід мати на увазі, що Конституція як основний закон – це не просто закон, що має найвищу цінність в ієрархії усіх законів, а своєрідний

статут суспільства, яке складає народ України, об'єднаний у правову організацію – державу. Йдеться про те, що джерелом Конституції, як і всіх законів, є право, права і свободи людини, які забезпечує громадянське суспільство, в той час як держава забезпечує права громадянина. Закон не може визначати сутність держави як правової, бо він є результатом діяльності держави. Право має пріоритет перед законом. Як закони, в тому числі й Конституція, повинні бути правовими, так, відповідно, і сама держава має бути зв'язана ідеями і принципами права. Вона ґрунтується на своєрідному суспільному договорі, який укладають усі члени суспільства з притаманними їм правами і закріплюють їх у Конституції. На відміну від тоталітарної держави, яка стоїть над народом і нав'язує йому ззовні організацію шляхом насильства в силу належності їй влади і можливості видавати закони, держава ґрунтується на згоді усіх верств суспільства, гарантуючи її членам як громадянам збереження прав і свобод людини. Отже, не право повинно ґрунтуватися на державі, а навпаки, держава і закони повинні базуватися на праві. У цьому полягає сутність і сталість держави як правової організації суспільства. На жаль, ці основні положення не знайшли необхідного відображення в Розділі 1-му проекту Конституції. Мало сказати, що Україна є правовою державою. Треба визначити вихідні компоненти правової держави, назвати її функції, передбачити гарантії функціонування України як правової держави, систему стримування її органів у разі спроби вирватися за правові рамки. Словом, як говорили давньоримські юристи, метою, що викликає згуртування народу в державі, повинно стати найкраще забезпечення його прав.

Форма держави. Визначення форми держави – це друге основне положення 1-го Розділу, яке випливає з першого – про правову державу. У проекті Конституції в ст. 1 йдеться про те, що Україна є демократичною, правовою, соціальною державою, а в ст. 3 визначається, що Україна є республікою. Ці дві статті треба об'єднати і чітко проголосити, що Україна є демократичною республікою. Тут же слід розкрити риси, властиві цій формі держави. При цьому не треба сполучати державну владу і місцеве та регіональне самоуправління, як це зроблено в ст. 3, абз. 3. Вказівку на те, що Україна є соціальною державою, можна опустити, хоча в ряді конституцій Західної Європи такий запис має місце. Так, у Конституції ФРН, яка прийнята 23 травня 1949 року, формула «правова держава» була розширена і доповнена вказівкою на її соціальну спрямованість (ст. 20, 28). Підведення своєрідного соціального фундаменту після другої світової війни під формулу «правова держава» диктувалось намаганням відійти від розуміння правової держави як режиму формальної законності і наголосити на матеріальному аспекті конституційної держави. З тексту проекту Конституції України така соціальна спрямованість держави простежується без спеціального наголосу на цьому.

При визначенні, що Україна є демократичною республікою і джерелом влади є народ, не можна рекомендувати в проекті Конституції (ст. 178, п. 15), щоб голови обласних і міських управ призначалися і звільнялися Президентом. Адміністративна виконавча влада повинна будуватися на виборчо-альтернативній основі з правом Президента відвести кандидатуру. Не слід надавати Президенту права видавати або ухвалювати нормативні укази з наступним їх затвердженням Національними Зборами (ст. 178, п. 5). Адже в такому разі втрачає зміст проголошення України демократичною республікою.

Територія – Батьківщина. Третій компонент держави – територія, на яку поширюється суверенітет правової держави. Це положення в Конституції повинно визначатися не як місце, де проживає народ України, а з позиції верховенства нації (*natio* – народ), тобто народу, який об'єднується в одну державу і має політично усвідомлене право на свою

Батьківщину. Територія України – це Вітчизна народу України, право на яку він закріплює в Конституції. На жаль, у ст. 7 проекту Конституції про територію говориться формально. Тут підкреслюється її єдність, неподільність, недоторканність і цілісність. Але ці ознаки є похідними від права народу України на свою Батьківщину. Тому стаття 7 повинна починатись словами: «Територія України – це Батьківщина народу України, право на яку належить йому безпосередньо і неподільно». А вже потім сказати про єдність, недоторканність і цілісність території. Це стане певним «конституційним» поштовхом до консолідації народу України, до формування громадянського суспільства на своїй Батьківщині.

Вище наведено лише деякі пропозиції щодо вдосконалення проекту Конституції України. Та навіть вони свідчать про велику копітку роботу, яку належить зробити Конституційній Комісії, доробляючи проект Конституції України, доводячи його до світових зразків чинних конституцій при збереженні національної самобутності і включенні в її структуру і зміст кращих досягнень світової конституційної думки.

**Доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії правових наук України,
президент Кримінологічної асоціації України
Олександр Маркович БАНДУРКА**

СЛОВО ПРО ВЧИТЕЛЯ

Коли доводиться говорити про таких людей як Олександр Анатолійович Пушкін, важко утриматися в характеристиці від звучних епітетів, адже підстав для цього більш, ніж достатньо. На це вказують його бойові та трудові відзнаки, а також «пам'ятник нерукотворний» у вигляді наукових праць¹. Та більш цінними, як уявляється, є ті слова-спогоди, які проголошуються не з трибун, а в тихому колі, де говорять про звичайні людські риси покійного. Саме з такими словами ми, його учні, хотіли б звернутися до читачів цієї збірки.

Якби було завдання охарактеризувати Олександра Анатолійовича одним словом, то таким би словом могло стати «скромність». Скромність проявлялась у цій людині буквально у всьому. Згадується та невідповідність між заочним уявленням про Олександра Анатолійовича та першим візуальним сприйняттям його образу.

Якось нам, студентам Харківського юридичного інституту (тепер – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), на початку 90-х років довелося бути свідками проведення в інституті достатньо великого цивілістичного форуму, де зібрались представники навчальних та інших закладів з усього СРСР. Олександр Анатолійович не зміг взяти участь у цій конференції і на той час вже не працював в інституті. При обговоренні болючих питань цивільного права учасники конференції досить часто позаочі спорили з професором Пушкіним, або навпаки – брали його в союзники для підкріплення власної позиції. Саме в цій аудиторії ми вперше почули про існування такого неординарного вченого. В нашій уяві виникала могутня постать якоїсь незнайомої для нас людини, котру поважають або, навіть, побоюються в цивілістичному просторі СРСР.

Зустрітись з Олександром Анатолійовичем довелося в 1993 році на кафедрі цивільно-правових дисциплін Харківського інституту внутрішніх справ (тепер – Харківський національний університет внутрішніх справ). Професор очолював цю кафедру. Дисонанс між заочним образом та тим, кого довелося побачити вперше був достатньо разючим. Перед нами постав скромно одягнений дідусь – Олександр Анатолійовичу на той час виповнилося 68 років – середнього зросту, але який від своєї сухої статури здавався нижче свого зросту, з простими рисами обличчя. Все це не пов'язувалося з його посадою, науковим ступенем та вченим званням. На начальника кафедри, доктора юридичних наук, професора «дідусь» був мало схожий. Втім, перше враження розвіялося протягом декількох хвилин. Хоча Олександр Анатолійович говорив тихо, але стилістика мови привертала увагу, як це й буває у спілкуванні з дійсними інтелегентами, для яких інтелегентність не маска, а природна властивість.

Не зважаючи на статус співбесідника, Олександр Анатолійович розмовляв завжди з повагою, спокійно, виважено, не нав'язуючи себе. Навіть тоді, коли професор Пушкін дорікав нам за несвоєчасне виконання ад'юнктського плану навчання, він ніколи не підвищував голос, але міг розставити в розмові необхідні акценти. Це завжди було

¹ З біографією О. А. Пушкіна можна ознайомитись у виданні: Пушкин А. А. Избранные труды. Харьков: Эспада, 2007. 480 с.

необразливо та переконливо. Доброзичливість і непідробна порядність професора не могли не приваблювати. Переконані, що всі, хто його знав, могли б підтвердити це.

Скромним був і побут професора Пушкіна. Однокімнатна квартира, де останнім часом мешкав Олександр Анатолійович, своїм інтер'єром характеризувала її господаря як особу, байдужу до «красивого життя». В кімнаті було тільки найнеобхідніше: стіл, стільці, шафа, журнальний столик, диван-ліжко, полиці з книгами та телевізор. До місця своєї роботи професор пересувався транспортом загального користування, оскільки власного автомобіля не мав. Любив піші прогулянки.

Внутрішній світ Олександра Анатолійовича також викликав бажання наслідувати проявам його натури. Перш за все, вражала натренованість системного мислення. На цій якості, мабуть, слід поставити особливий наголос. Будь-яке питання, незважаючи на рівень його складності, розглядалося ним у взаємозв'язку з іншими суміжними елементами. Словами це ілюструвати важко, таке слід спостерігати особисто: ледь примруженими сіро-зеленими очима, Олександр Анатолійович наче зчитував з невідомого нам джерела якесь істинне судження. Розмірковуючи вголос, при цьому нерідко дивлячись у вікно, професор розкривав весь алгоритм отримання ним певного висновку. Це щось подібне до демонстрації фокусів ілюзіоністом, коли чудо народжується на очах у глядачів. Той захват, який доводилось переживати при цьому, без перебільшення можна порівняти з дитячою ейфорією від дій фокусника. (А ми тоді, хоча вже доволі дорослі були, але в цивілістиці, чесно кажучи, відчували себе дітьми). Втім, такий же вплив на собі могли відчувати від спілкування з професором й ті, хто знався на тонкощах цивільного права.

Та «не хлібом єдиним» жив Олександр Анатолійович. У тісному колі любив і, головне, – вмів читати вірші, заспівати під власний струнний акомпанемент (Олександр Анатолійович вправно грав на гітарі). Не цурався професор провести з колегами за одним столом святковий вечір, де його тости вирізнялися аристократичною вишуканістю. Те ж саме можна сказати й про вміння підтримати розмову мистецтвознавчого характеру чи на інші теми, не пов'язані з професійною діяльністю. Перебування в товаристві Олександра Анатолійовича безумовно облагороджувало інших.

Все ж головною стихією Олександра Анатолійовича була цивілістика. Він – справжній професор від цієї науки. Авторитетність його визнавалась усіма. Разом з тим, сказане не означає, що професор не дозволяв спорити з ним.

Одного разу довелося спостерігати засідання робочої групи з розробки проекту нового Цивільного кодексу України. Здається, це був 1995 рік. Група була створена при Міністерстві юстиції з вельмишановних цивілістів, а професор Пушкін керував її роботою. Розгорівся палкий спір з приводу якогось положення проекту, де опонентом Олександра Анатолійовича виступала Діна Василівна Боброва. Олександр Анатолійович тривалий час та досить коректно відбивався від аргументації опонента та згодом «фортеця здалася». Професор знайшов у собі сили визнати помилковість своєї позиції. Те ж саме інколи відбувалося на засіданнях курсантського наукового гуртка, що функціонував при кафедрі цивільно-правових дисциплін. Незважаючи на велике навантаження, Олександр Анатолійович проводив засідання гуртка завжди сам. Пригадується диспут, де професор щиро відстоював у спорі з учасниками гуртка свою думку, але зрештою курсанти перемогли. Це не була гра у «піддавки», він дійсно спершу вважав одне, але під натиском молоді аудиторії переглянув свою позицію. Таке не могло не дивувати. Вказане свідчить, що Олександр Анатолійович не себе любив у цивілістиці, а цивілістику в собі.

Відданість цій науці була повною, нерідко на шкоду сім'ї. На похоронах Олександра Анатолійовича його донька згадувала, що з того моменту, як вона себе пам'ятає, спостерігала свого тата тільки за робочим столом.

Навіть тоді, коли Олександр Анатолійович дізнався, що в його організмі стрімко розвивається смертельний недуг, він не припинив роботу. Лікувався, але продовжував керувати дослідженнями своїх ад'юнктів, зустрічався з колегами, обговорював перспективи прийняття в Україні нового Цивільного кодексу. Напередодні своєї смерті Олександр Анатолійович жалкував лише про те, що не зможе брати участь у практичній апробації нового Цивільного кодексу та коментуванні його положень. Воістину останній герой своєї епохи.

Низький Вам уклін, Олександре Анатолійовичу, та світла пам'ять.

**Доктор юридичних наук, професор
Святослав Олександрович СЛІПЧЕНКО**

**Кандидат юридичних наук, доцент
Юрій Іванович ЧАЛИЙ**

ПЛЕНАРНЕ ЗАСІДАННЯ

УДК 347.1

Наталія Семенівна Кузнєцова,

професор кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

академік Національної академії правових наук України,

доктор юридичних наук, професор

ПРЕДМЕТ ТА СИСТЕМА СУЧАСНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Від історичних подій, коли почало формуватися нове приватне право України, нас відділяє вже чверть століття. Не викликає сумнівів, що настав час, щоб осмислити як сам предмет цивільного права, так і його методологічні засади у контексті принципово нових підходів до регулювання цивільно-правових відносин – з позицій громадянського суспільства та ринкової економіки. Методологія цивільного права – це його фундамент, те, на чому формується і тримається все приватне право.

Дискусії по обговоренню цих проблем не вщухають дотепер. Особливо вони загострюються в період проведення кодифікаційних робіт. Водночас прийняття цивільних кодексів не тільки не знімає, а подекуди лише змінює спрямованість дискусій та загострює їх.

Ось і зараз, після завершення кодифікації цивільного законодавства, маючи певний практичний досвід застосування ЦК, важливо дати відповіді на деякі важливі питання:

– Що собою являє сучасне цивільне право?

– Чи можемо ми, абстрагуючись від сьогоденних реалій (економічних, політичних, соціальних) спиратися на соціалістичну доктрину періоду кодифікації цивільного законодавства 60-х років минулого століття?

– Чи можна, без певних уточнень та застережень, скористатися дореволюційною доктриною цивільного права?

Попри всю ясність поставлених питань, відповісти на них доволі нелегко. Необхідно якомога точніше зрозуміти зміст сучасних цивільно-правових конструкцій, більш глибоко проникнути в їх правову природу, повніше і об'ємніше побачити їх регулятивний потенціал.

Настав зірковий час цивілістики, тому що не тільки ми, хто присвятив їй своє життя, але й в цілому юридичне співтовариство з'ясовує, що є предметом цивільного права, і що є первинним у процесі правового регулювання і формування системних правових утворень – предмет чи метод правового регулювання. Поки не знайдена точка, на яку можна спиратися у з'ясуванні та вирішенні цього питання. Допоки ми не можемо знайти точну відповідь.

Можливо, тому що сама постановка питання: що головніше – предмет чи метод – у своїй основі є помилковим. Безумовно, виявляючи критерії розмежування системних нормативно-правових утворень, які ми традиційно іменуємо галузями права, для нас дуже важливою є та сфера суспільних відносин, яка підпадає під дію відповідних правових приписів (норм права).

Предмет правового регулювання не є правом. У такому розумінні і метод правового регулювання також не є правом. Однак ми можемо виявити однорідні правові масиви не інакше, як крізь призму предмету і методу правового регулювання.

Ніяк не зменшуючи значення предмету (тобто тих суспільних відносин, які входять у сферу правового регулювання), ми, тим не менш, маємо завжди пам'ятати, що саме метод виступає тим засобом (механізмом), за допомогою якого ми здійснюємо пошук суспільних відносин, що охоплюються предметом цивільного права. У такому розуміння метод виступає своєрідним «індикатором цивілістичності». Однак цим він не вичерпує свою роль у процесі правового регулювання. Він «проявляється» в цивільно-правових відносинах шляхом виявлення в них приватно-правового змісту. Водночас суспільні відносини, набуваючи правову форму цивільно-правових, несуть у собі характерні риси методу, властиві саме цивільному праву: юридична рівність учасників, диспозитивність прав та обов'язків, організаційну та майнову автономію та інші.

Таким чином, ознака юридичної рівності суб'єктів – це ознака, характерна тільки методу цивільно-правового регулювання або він іманентний також і предмету?! Цілком зрозуміло, що ця проблема потребує детального аналізу, який має спиратися не тільки на цивілістичну доктрину, але й на практику застосування цивільного законодавства.

У процесі переходу до ринкової економіки був реанімований поділ права на публічне та приватне, що характеризувало повернення до витоків класичної приватно-правової доктрини. У такому контексті ми, рухаючись вперед, намагаємося методично виокремлюючи приватно-правові засади нашого буття і вводити їх у царину цивільного права.

Однак при цьому ми зустрічаємося з об'єктивно існуючими труднощами – оскільки приватне право не існує у «стерильному» вигляді, тобто повністю відокремлене від будь-яких публічно-правових включень (у вигляді окремих норм, блоків, а можливо й інструментів).

Відомий цивіліст Ладо Чантурія справедливо зазначає, що «не дивлячись на те, що юридична наука одноставно визнає поділ права на приватне та публічне, ми не повинні уявляти їх як ізольовані один від одного і суворо розмежовані явища. Подібний розрив є практично неможливим. Особливо це проявляється при дослідженні сучасного права, оскільки приватні і суспільні інтереси і відносини тісно переплетені одне з одним» [1, с. 56].

В юридичній літературі відзначається, що самі гарантії здійснення цивільних прав встановлюються за допомогою норм публічного права, оскільки вони пов'язані із застосуванням примусу.

Питання про примус у цивільному праві обумовлює необхідність залучення тих публічно-правових механізмів, що забезпечують нормальне функціонування суб'єктивних цивільних прав.

Аналізуючи склад предмету сучасного цивільного права, можна відмітити в його динаміці безумовні тенденції до розширення.

Передусім це можна проілюструвати на прикладі корпоративних відносин. Регулювання цих відносин здійснюється не тільки нормами приватного (зокрема і передусім цивільного) права, але також і нормами публічного права. Це обумовлено потребою гарантування та забезпечення належного захисту міноритарних акціонерів (або як інакше кажуть – масового інвестора). Саме з цієї метою встановлюються різні обмеження та особлива регламентація при реалізації корпоративних відносин. Однак і ці обмеження, і особливості правової регламентації не змінюють приватно-правової природи самих корпоративних відносин. До слова, при модернізації ЦК Російської Федерації корпоративні відносини визначені як частина цивільно-правового регулювання.

Цивільне право на сучасному етапі не може залишатися таким, яким воно було в 60-ті роки минулого століття.

Життя стало іншим, викликом часу стало прийняття нових цивільних кодексів. Чи можна собі уявити сьогодні фондовий ринок, який розвивається в уявленнях про те, що цінний папір – це обов'язковий документ, який посвідчує майнове право, яке можна реалізувати не інакше, як шляхом пред'явлення цінного паперу. В сучасних умовах практично весь обіг цінних паперів здійснюється у без документарній формі і мало кого дивує формулювання «запис на рахунок». Можна говорити про реанімацію вексельного обігу, у зв'язку з чим заслуговують на особливу увагу вексельні угоди та інші цивільно-правові аспекти вексельних правовідносин.

Говорячи про розширення предмету цивільного права, не можна не згадати про особисті немайнові відносини.

Якщо в цивільних кодексах багатьох країн СНД, як і раніше, залишається тільки охорона особистих немайнових відносин, не пов'язаних з майновими, то в ЦК України (ст. 1 ЦК, глави 20–22) передбачається регулювання цих відносин. Такі різні підходи у кінцевому рахунку дозволяють, порівнюючи позитивний та негативний досвід, визначити міру «розумної достатності» у вирішенні цієї проблеми, до якої вже більше півстоліття прикута увага цивілістів.

По-новому сьогодні виглядає питання про систему права та місце в ній цивільного права. Визнання доцільності поділу права на приватне та публічне дотепер не змінило традицій попереднього періоду у формуванні різних галузей права. При цьому, крім фундаментальних галузей, існування яких ніхто не заперечує (конституційне, цивільне, адміністративне, процесуальне, трудове) виокремлення нових правових масивів у самостійні галузі права набув, на нашу думку, неконтрольований характер. Космічне, енергетичне, інвестиційне, інноваційне, – цей перелік можна ще довго продовжувати.

В нашій літературі з цього питання відзначається, що «з'явилися галузі права з *поліелементними методами* (виділено мною. – Н. К.) правового регулювання. Як результат, стала втрачатися сама можливість конструювати у системі права однотипних галузей права» [2, с. 10].

Якщо визнати, що поряд з галузями права (гілками права), яким притаманний єдиний (універсальний) метод правового регулювання відповідних груп суспільних відносин, виникають нормативно-правові утворення комплексного характеру (або поліметодного типу), необхідно відповісти на запитання, що являють собою ці комплексні нормативно-правові утворення і як вони формуються. Цілком очевидним є те, що власної основи у таких утворень немає і бути не може в силу того, що правові норми, з яких вони складаються, були відібрані (вилучені) з фундаментальних галузей права (цивільного, адміністративного, можливо процесуального).

Цілком закономірним є питання, чи продовжують у такій ситуації ці «відібрані» норми залишатися в якості працюючих регулятивних механізмів у цих фундаментальних галузях? Якщо відповідь буде ствердною, тоді, що являє собою це комплексне утворення, яке є безумовно похідним, вторинним по відношенню до фундаментальних галузей права.

Визнання доцільності виділення та існування таких вторинних комплексних нормативних утворень не звільняє від необхідності встановити межі «дроблення» предмету правового регулювання, щоб не скотитися, за влучним та яскравим висловом Є. О. Суханова, до створення «банно-прального та бакалійно-гастрономічного права».

В Україні цей процес вже розпочатий прийняттям Господарського кодексу України. Можна це розцінювати як повну поразку цивілістів. Але тільки певною мірою. Оскільки в

цілому для Цивільного кодексу України визначений статус нормативного акта загального характеру, який беззаперечно субсидіарно застосовується до відносин, не врегульованих Господарським кодексом. Як бачимо, крапка в цьому протистоянні ще не поставлена.

Питання про систематизацію норм цивільного права має не тільки «зовнішній» аспект, але, умовно кажучи, також і «внутрішній» – тобто це питання про систему самого цивільного права.

На перший погляд, проблема практично вичерпується структурою ЦК України, який в цілому і визначає внутрішню структуру галузі права. Дійсно, побудова основного кодифікованого акту передбачає виділення норм загальної частини та особливої, норми особливої частини, у свою чергу, об'єднані в інститути. Однак не можна не погодитися з тим, що зміни у предметі правового регулювання обумовлюють необхідність певних кореляцій і у системі цивільного права. Перш за все, з'являються нові інститути, в яких консолідується норми, що регулюють відносини, які «розширяють» предмет цивільно-правового регулювання. Таким чином, відбувається добудова, а подекуди – і перебудова як окремих інститутів, так і системи цивільного права в цілому. Цей процес можна проілюструвати появою Книги другої «Особисті немайнові права фізичних осіб», у якій об'єднані норми, яких раніше не було у цивільному законодавстві. Цей новостворений інститут «вписався» в систему цивільного права, але він продовжує розвиватися разом із нашим уявленням про межі регулювання особистих немайнових прав фізичної особи, їх механізми, способи реалізації та захисту. Усвідомлення цих процесів та їх відтворення у нормативно-правовому вимірі безумовно викликатиме корекції у системі цивільного права. Аналогічні приклади можна побачити й в інших структурних підрозділах цивільного права, скажімо в інституті речових прав, який за своїм обсягом, змістом та внутрішнього структурованістю давно перейшов межі інституту і став підгалуззю цивільного права. Якщо за часів ЦК УРСР 1963р. ми говорили виключно про право власності, то ЦК України 2003р. закріпив систему речових прав, серед яких право власності хоча і домінує, але не вичерпує всіх речових прав.

Наведене дає підстави для загального висновку про те, що з відновленням і поглибленням приватно-правових засад у регулюванні суспільних відносин на сучасному етапі відбувається розширення предмету цивільно-правового регулювання за рахунок охоплення приватним правом нових суспільних відносин, що викликає відповідні зміни в системі цивільного права, які характеризують процес його подальшої інституалізації.

На завершення хочу сказати, що ми маємо продовжувати рух вперед, максимально зберігаючи наші вікові цивілістичні традиції. В цьому невинному русі не можна зупинятися, не можна «зациклюватися» на стартових догмах, які сьогодні прямо суперечать новим реальним суспільним відносинам. Ми не повинні втратити шанс іздачу нове цивільне право – більш потужне, більш динамічне. Можемо цей шанс втратити, якщо будемо залишатися в полоні старих конституцій, які вже давно стримують цю енергію істинного цивільного права.

Список бібліографічних посилань:

1. Чантурия Л. О частном и публичном в гражданском праве: некоторые аспекты кодификации гражданского права // Гражданское право в системе права. Алматы, 2007. С. 55–68.
2. Мозолин В. П. Система российского права // Современная доктрина и гражданское законодательство. М.: Юстицинформ, 2008. 176 с.

Одержано 17.04.2017

Игорь Эдуардович Мартыненко,

заведующий кафедрой гражданского права и процесса

Гродненского государственного университета имени Янки Купалы

(Республика Беларусь),

доктор юридических наук, профессор

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ОБЪЕКТОВ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ И ИХ РЕАЛИЗАЦИЯ В ПРАКТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

После провозглашения независимости в бывших союзных республиках приступили к формированию законодательства об охране памятников истории и культуры. В период 1992–2000 гг. были приняты национальные законы об охране культурного (историко-культурного) наследия. В некоторых государствах за основу приняты модельные акты и международные соглашения, а в других государствах (Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан) определенное время доминировала советская концепция охраны памятников истории и культуры, которая была уточнена в 2010–2017 гг., а в некоторых странах – пересмотрена (например, в Молдове сформировала принципиально новое законодательство). В результате в научный и практический оборот были введены новые термины и определения, но длительное время еще продолжали действовать устоявшиеся правовые категории. Как следствие – возникли определенные проблемы с определением и разграничением следующих понятий: «культурные ценности» (используется в международно-правовых актах, заключенных в рамках ЮНЕСКО, а также в законодательстве ряда стран региона в целях таможенного регулирования перемещения через границу), «памятники истории и культуры» (использовалось в законодательстве Союза ССР и союзных республик, а также в настоящее время в законодательстве Азербайджанской Республики), «памятник культуры» (используется в законодательстве Украины), «памятник» (используется в законодательстве Армении), «историко-культурное наследие» (используется в законодательстве Беларуси, Казахстана, Кыргызстана, Туркменистана, Узбекистана), «объекты культурного наследия» (используется в, Модельном законодательстве государств-участников СНГ), «национальное историко-культурное наследие» (используется в законодательстве Таджикистана и Туркменистана), «историко-культурные ценности» (используется в законодательстве Республики Беларусь), «культурная собственность» (используется в международно-правовых актах, заключенных в рамках Совета Европы и УНИДРУА), «культурное достояние» (используется в законодательстве Туркменистана). Для их научного анализа и сравнения мы обращались к работам В. И. Акуленко [1], Т. Г. Катковой [2], О. И. Мельничук [3].

В **Республике Беларусь** принятие Кодекса о культуре [4] повлекло за собой изменения и в гражданском законодательстве.

Так, **установлены следующие правовые последствия обнаружения клада.** Напомним, клад – это зарытые в земле или спрятанные иным способом деньги или ценные предметы, собственник (владелец) которых неизвестен и не может быть найден, или же потерял на них право. По общему правилу клад поступает в собственность лица, которому принадлежит имущество (земельный участок, строения и т.п.), где клад был сокрыт, и лица, обнаружившего клад, в равных долях, если соглашением между ними не установлено иное.

При обнаружении клада лицом, производившим раскопки или поиски ценностей без согласия на это собственника земельного участка или иного имущества, где клад был сокрыт, клад (ч. 2 п. 1 ст. 234 ГК Республики Беларусь) подлежит передаче собственнику земельного участка или иного имущества, в котором был обнаружен клад.

Однако данные правила не применяются в отношении кладов, состоящих из археологических артефактов. Археологические артефакты – это движимые материальные объекты, возникшие в результате жизни и деятельности человека более чем сто двадцать лет тому назад, сохранились в культурном слое (слое) или на дне природных и искусственных водоемов, имеют историческое, художественное, научное или иное культурное значение, могут соответствовать критериям для придания им статуса историко-культурной ценности, предусмотренном ст. 92 Кодекса о культуре и на момент их обнаружения не имеют собственника.

Согласно ст. 234 ГК Республики Беларусь (в редакции закона от 20 июля 2016 г.), в случае обнаружения клада, состоящего из материальных культурных ценностей, обладающих отличительными духовными, художественными и (или) документальными достоинствами и соответствующих одному из критериев для придания им статуса историко-культурной ценности, такие материальные культурные ценности подлежат передаче в государственную собственность. При этом собственник земельного участка или иного имущества, где клад был сокрыт, и лицо, обнаружившее клад, имеют право на получение вместе вознаграждения в размере пятидесяти процентов стоимости клада. Вознаграждение распределяется между этими лицами в равных долях, если соглашением между ними не установлено иное.

При обнаружении такого клада лицом, производившим раскопки или поиски ценностей без согласия собственника имущества, где клад был сокрыт, вознаграждение этому лицу не выплачивается и полностью поступает собственнику.

Правила, установленные данной нормой, не применяются к лицам, в круг трудовых или служебных обязанностей которых входило проведение раскопок и поиска, направленных на обнаружение клада.

Приобретение права собственности на археологические артефакты. Данный вопрос оставался длительное время открытым для юридической науке и практики. В связи с принятием Кодекса о культуре и с даты вступления его в действие (3 февраля 2017 г.) введена в Гражданский кодекс Республики Беларусь новая норма – ст. 234-2 ГК «Приобретение права собственности на археологические артефакты». Так, археологические артефакты, обнаруженные при проведении археологических исследований либо иным образом, *подлежат передаче в государственную собственность* в порядке, установленном законодательством. В случае обнаружения археологических артефактов, являющихся кладом, обладающих отличительными духовными, художественными и (или) документальными достоинствами и соответствующих одному из критериев для придания им статуса историко-культурной ценности, применяются правила, предусмотренные пунктами 2 и 3 ст. 234 Кодекса о культуре, т.е. те, которые описаны нами ранее.

Кроме того, согласно положениям ст. 234-1 ГК Республики Беларусь в случае обнаружения бесхозных антикварного, исторического оружия и боеприпасов, иного вооружения или военной техники при проведении поисковых работ, раскопок либо иным образом указанные вещи подлежат передаче в государственную собственность в порядке, установленном законодательством.

Гражданско-правовые последствия бесхозяйственного использования историко-культурных ценностей. Одним из оснований прекращения права собственности

является **выкуп бесхозяйственно содержащихся культурных ценностей**. Так, в случаях, когда собственник культурных ценностей, отнесенных в соответствии с законодательством к особо ценным и охраняемым государством, бесхозяйственно содержит эти ценности, что грозит утратой ими своего значения, такие ценности по решению суда могут быть изъяты у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов.

При выкупе культурных ценностей собственник возмещает их стоимость в размере, установленном соглашением сторон, а в случае возникновения спора – по решению суда. При продаже с публичных торгов собственнику передается вырученная от продажи сумма за вычетом расходов на проведение торгов.

Надлежащим содержанием вещей, относящихся к культурным ценностям, являются: обеспечение их физической сохранности, недопущение порчи (потери ими своих качеств); осуществление в случае необходимости мероприятий по их ремонту (реставрации) и реконструкции; принятие мер по недопущению их хищения; недопущение передачи культурных ценностей лицу, не способному обеспечить их надлежащее содержание.

В процессе развития общества данная гражданско-правовая норма претерпела определенные изменения. Сформулируем некоторые аспекты ее применения.

В Гражданских кодексах союзных республик (БССР, УССР) имелось во многом аналогичное положение, которым регулировались отношения между государством и гражданином по поводу содержания последним принадлежащего ему памятника истории и культуры.

Бесхозяйственное содержание историко-культурных ценностей отвечает всем признакам гражданского правонарушения. Гражданское законодательство основано на принципе: осуществление гражданских прав не должно наносить вред историко-культурным ценностям. Осуществление гражданских прав – это всегда правомерные действия. Злоупотребление правом имеет место тогда, когда лицо в рамках дозволенного законом поведения избирает недозволенную форму. Например, собственник историко-культурной ценности бесхозяйственно ее содержит (не осуществляет вовремя ремонт, допускает разрушение конструкций и т. п.), в результате чего объект теряет свои отличительные (ценностные) особенности.

В Кодексе о культуре не названы конкретные формы бесхозяйственного содержания культурных ценностей: это могут быть как активные действия, причиняющие прямой вред памятнику, так и откровенное бездействие (систематическое невыполнение субъектами своих обязанностей по проведению ремонтно-реставрационных работ). Историко-культурные ценности (памятники) сгорают, разрушаются, расхищаются, длительное время не реставрируются, используются не по функциональному назначению (например, в качестве складских помещений). В результате утрачиваются качества объекта, которые позволяют относить его к историко-культурным ценностям. Такое отношение к культурному достоянию народа стало обычным явлением. Поэтому уполномоченным органам необходимо активизировать исковую деятельность, требуя судебного изъятия бесхозяйственно содержащихся историко-культурных ценностей.

Так, трижды перепродавался с нарушениями законодательства комплекс пивоваренного завода в Гродно. Собственник объекта – одно из обществ с ограниченной ответственностью – не принял меры по его реконструкции и восстановлению, в связи с чем здания бывшего пивоваренного завода разрушаются. По результатам проведенного специалистами обследования зданий сделан вывод о ненадлежащем их содержании собственником. С учетом требований ст. 53 Закона «Об охране историко-культурного наследия Республики Беларусь» прокуратурой Гродно в экономический

суд Гродненской области в 2015 г. направлено исковое заявление об изъятии бесхозяйственно содержимой историко-культурной ценности – «Комплекс пивоваренного завода в г. Гродно» – в собственность государства [5].

Это первое в Беларуси дело об изъятии бесхозяйственно содержащейся историко-культурной ценности (на данный момент спор по существу еще не разрешен).

Выводы и предложения. Учитывая изложенное, предлагаем в целях совершенствования гражданско-правовой защиты историко-культурного наследия, права собственности на охраняемые законом памятники установить **новые правила определения правовых последствий обнаружения клада**, суть которых сводится к следующему: собственник земельного участка или иного имущества, где клад был сокрыт, и лицо, обнаружившее клад, имеют право на получение вознаграждения *в размере стоимости клада*; вознаграждение распределяется между этими лицами в равных долях; лицо, нашедшее клад, содержащего культурные ценности, вправе до выплаты ему вознаграждения удерживать это имущество. С момента приобретения права собственности на клад все права третьих лиц на входящие в состав клада предметы прекращаются.

Целесообразно **дополнить гарантии обеспечения сохранности изымаемых в судебном порядке культурных ценностей ввиду их бесхозяйственного содержания** новыми положениями. В случае принятия судом решения об изъятии историко-культурной ценности у собственника, содержащего данный объект, соответствующий орган по управлению государственным имуществом выкупает указанный объект либо указанный земельный участок или организует их продажу с публичных торгов. Собственнику культурной ценности возмещается стоимость выкупленного имущества в размере, установленном соглашением между соответствующим органом по управлению государственным имуществом и собственником выкупаемого имущества, а в случае спора судом. При продаже с публичных торгов культурной ценности собственнику передается вырученная от продажи сумма за вычетом расходов на проведение публичных торгов, а также стоимости восстановительных работ. Новый собственник изъятых культурных ценностей должен иметь возможность обеспечить их надлежащее состояние. Поэтому в законе целесообразно определить дополнительные требования к имущественному положению участников торгов и требования обеспечения сохранности изъятых культурных ценностей, продаваемых с публичных торгов; организовать государственный контроль за сохранностью изъятых памятников со стороны Министерства культуры; установить гарантии защиты жилищных прав граждан, проживающих (имеющих квартиры) в домах, признанных памятниками (например, находящихся в составе исторического центра города). Как представляется, принудительное изъятие у собственника историко-культурной ценности, являющейся жилым помещением, не может осуществляться без предоставления ему иного жилого помещения в порядке, установленном жилищным законодательством.

Список библиографических ссылок:

1. Акуленко В. І. Охорона пам'яток культури в Україні (1917–1990). Київ, 1991. 274 с.
2. Каткова Т. Г. Правова охорона культурної спадщини в Україні. Харків: Право, 2008. 216 с.
3. Мельничук О. І. Статус Всесвітньої культурної природної спадщини людства в міжнародному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Київ, 2006. 19 с.
4. Кодекс Рэспублікі Беларусь аб культуры: Кодекс Рэспублікі Беларусь от 20 июля 2016 г. // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. 02.08.2016. 2/2412.
5. Архив экономического суда Гродненской области за 2016 г. Дело № 04-22/2271 от 01.06.2016.

Одержано 19.04.2017

Валентина Іванівна Борисова,

завідувач кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

кандидат юридичних наук, професор

ГАРАНТУВАННЯ ВКЛАДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Кожна фізична особа, як власник володіє, користується і розпоряджається своїм майном на власний розсуд, а саме вчиняє щодо свого майна будь-які дії, що не суперечать закону (ч. 1, 2 ст. 319 ЦК України). Отже фізична особа вправі самостійно, добровільно за своїм розсудом розпорядитися і належними їй на праві власності грошовими коштами, зокрема внести їх як вклад на депозитний рахунок банку або кредитної спілки.

За договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором.

Для забезпечення захисту інтересів фізичних осіб – вкладників комерційних банків, створення фінансових можливостей для відшкодування їм коштів у разі неможливості виконання банками вимог вкладників щодо повернення коштів. Так, Указом Президента України «Про заходи щодо захисту прав фізичних осіб-вкладників комерційних банків України» від 10.09.1998 № 996 передбачалось створення Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (надалі – Фонд).

На сьогодні повноваження Фонду, порядок виплати ним відшкодування закладами, правові, фінансові та організаційні засади функціонування системи гарантування вкладів фізичних осіб встановлюються Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23.02.2012 № 4452-VI (надалі – Закон № 4452-VI). Метою даного Закону є захист прав і законних інтересів вкладників банків, зміцнення довіри до банківської системи України, стимулювання залучення коштів у банківську систему України, забезпечення ефективної процедури виведення неплатоспроможних банків з ринку та ліквідації банків (ч. 2 ст. 1). Цим Законом регулюються також і відносини між Фондом, банками, Національним банком України, визначаються повноваження та функції Фонду щодо виведення неплатоспроможних банків з ринку і ліквідації банків.

Вкладом визнаються кошти в готівковій або безготівковій формі у валюті України або в іноземній валюті, які залучені банком від вкладника (або які надійшли для вкладника) на умовах договору банківського вкладу (депозиту), банківського рахунку або шляхом видачі іменного депозитного сертифіката, включаючи нараховані відсотки на такі кошти, а вкладником є фізична особа (у тому числі фізична особа – підприємець), яка уклала або на користь якої укладено договір банківського вкладу (депозиту), банківського рахунку або яка є власником іменного депозитного сертифіката (п. 3, 4 ст. 2 Закону № 4452-VI).

Фонд гарантує кожному вкладнику банку відшкодування коштів за його вкладом і відшкодовує кошти в розмірі вкладу, включаючи відсотки, станом на день початку процедури виведення Фондом банку з ринку, але не більше суми граничного розміру відшкодування коштів закладами, встановленого на цей день, незалежно від кількості вкладів в

одному банку. Сума граничного розміру відшкодування коштів за вкладками не може бути меншою 200000 гривень (ч. 1 ст. 26 Закону № 4452-VI).

Таким чином система гарантування вкладів фізичних осіб поширюється виключно на відносини за участю банків. На внески (вклади) на депозитний рахунок кредитної спілки не поширюються гарантії, встановлені Законом № 4452-VI. Водночас вони можуть страхуватися. Певною гарантією повернення внесків (вкладів) з депозитних рахунків кредитної спілки є формування нею резервного капіталу.

Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо відшкодування фізичним особам через систему гарантування вкладів фізичних осіб шкоди, завданої зловживаннями у сфері банківських та інших фінансових послуг» від 15.11.2016 № 1736-VIII (надалі – Закон № 1736-VIII), були внесені зміни до цілого ряду Законів України, а саме: «Про банки і банківську діяльність», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», відповідно із чим, у разі виконання банком функцій повіреного, агента, іншого представника або посередника із залучення коштів фізичних осіб на користь третіх осіб (включаючи небанківські фінансові установи), банк, відповідно до ч. 5 ст. 55 Закону України «Про банки і банківську діяльність», зобов'язаний попередньо ознайомити у письмовій формі фізичних осіб про те, що такі кошти не є банківським вкладом фізичної особи, на який поширюються гарантії, встановлені Законом № 4452-VI. Як зазначалося в пояснювальній записці до проекту Закону № 1736-VIII, він розроблений «з метою забезпечення захисту прав фізичних осіб, які були ошукані за посередництвом банків, вирішення питання щодо відшкодування їм коштів, а також для та запобігання таким зловживанням у майбутньому, оскільки останнім часом мають місце випадки зловживань довірою громадян із використанням банків. Зокрема, набула розповсюдження схема, за якою у приміщеннях банку фізичним особам пропонується укладати не договори банківського вкладу з банком, а договори позики з небанківськими фінансовими установами через повіреного, яким виступає банк. При цьому з метою введення в оману споживачів щодо дійсного предмета договору банк відкриває кожному клієнту банківський рахунок, з якого в подальшому кошти перераховуються на рахунки небанківських фінансових установ. Крім того, зловживаючи низьким рівнем правової та фінансової культури фізичних осіб, особливо людей пенсійного віку..., банком не надавалася таким особам чітка та однозначна інформація про те, що на кошти, залучені як позика до небанківської фінансової установи, не поширюються гарантії щодо їх відшкодування».

Таким чином, якщо банк виконував функції повіреного, агента, іншого представника або посередника із залучення коштів фізичних осіб на користь третіх осіб, включаючи небанківські фінансові установи, і при цьому мало місце порушення вказаної вимоги, і банком не було поінформовано фізичну особу під розпис про непоширення на такі кошти гарантії, передбачених Законом № 4452-VI, фізична особа, яка розмістила такі кошти, привірюється до вкладника. До вкладу привірюються кошти, які залучені від фізичної особи як вклад до небанківської фінансової установи через банк, що виступив повіреним за відповідним договором і на день набрання чинності Законом № 1736-VIII віднесений до категорії неплатоспроможних.

Таким чином, на сьогодні поширена дія Закону № 4452-VI на кошти, які залучені від фізичної особи як вклад до небанківської фінансової установи через банк, що виступив повіреним за відповідним договором і на день набрання чинності Законом № 1736-VIII віднесений до категорії неплатоспроможних, а фізична особа, яка розмістила такі кошти, привірюється до вкладника у розумінні п. 4 ст. 2 Закону № 4452-VI, за умови, якщо при цьому банком вона не було поінформовано під розпис про непоширення на такі кошти гарантії, передбачених цим Законом № 4452-VI.

Однак, оскільки ринок позичкового капіталу в Україні представлений на сьогодні не тільки банками, а й небанківськими фінансово-кредитними установами, зокрема і такими як кредитні спілки, виникає питання про можливість включення до переліку осіб, на яких поширюється дія Закону № 4452-VI, вкладників кредитних спілок.

Як вже зазначалося, фізична особа вправі реалізувати свої повноваження власника шляхом внесення належних їй грошових коштів на депозитний рахунок кредитної спілки, оскільки останні покликані задовольняти потреби членів суспільства у грошових ресурсах, надаючи короткострокові кредити.

Кредитна спілка – це неприбуткова організація, заснована фізичними особами, професійними спілками, їх об'єднаннями на кооперативних засадах із метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки. Вона визнається фінансовою установою, виключним видом діяльності якої є надання фінансових послуг, передбачених вказаним Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р № 2908 (ч. 2 ст. 1). Діяльність кредитної спілки із залучення внесків (вкладів) її членів на депозитні рахунки, а також інші види діяльності відповідно до закону, підлягає ліцензуванню.

Для отримання фінансових послуг від кредитної спілки, необхідно стати її членом, що передбачає сплату особою вступного та обов'язкового пайового внесків у порядку, передбаченому статутом кредитної спілки (ст. 10 Закону № 2908). Кредитна спілка відповідно до свого статуту залучає на договірних умовах внески (вклади) своїх членів на депозитні рахунки як у готівковій, так і в безготівковій формі. Вкладом на депозитний рахунок є грошові кошти, внесені до кредитної спілки її членами на договірних умовах на визначений строк або на вимогу та під процент на умовах видачі на першу вимогу або повернення зі спливом встановленого договором строку (ч. 1 ст. 21 Закону № 2908). Ці внески (вклади), а також нарахована на такі кошти та пайові внески плата (проценти) належать членам кредитної спілки на праві приватної власності.

Сума внеску (вкладу) на депозитний рахунок, строки дії договору залучення внеску (вкладу) члена кредитної спілки на депозитний рахунок, умови залучення та повернення внеску (вкладу), а також нараховані на такі внески (вклади) проценти (плата), визначаються між кредитною спілкою та членом кредитної спілки на договірних умовах.

Враховуючи, що фізична особа реалізує своє право розміщення належних їй коштів на вкладних (депозитних) рахунках банків та кредитних спілок на добровільних засадах, самостійно обирає спосіб реалізації свого права, будь-яка дискримінація однієї категорії вкладників по відношенню до іншої – відсутня. Відносини вкладника з кредитною спілкою визначаються укладеним між ними договором. В силу особливостей правового статусу кредитної спілки, вона не залучена до системи гарантування вкладів фізичних осіб, про що вкладники кредитної спілки як її члени мають усвідомлювати.

Таким чином, включення до переліку осіб, на яких поширюється дія Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», вкладників кредитних спілок, яких не було поінформовано під розпис про непоширення на такі кошти (вклади) гарантій, передбачених зазначеним Законом, не є у достатній мірі обґрунтованим і доцільним.

До того ж учасниками Фонду є банки, участь яких і сплата відповідних зборів до Фонду є обов'язковими, оскільки збори (початкові, регулярні, спеціальні) є джерелом формування коштів Фонду. Кредитні спілки не є учасниками цього Фонду.

Одержано 26.04.2017

УДК 347.1

Роман Андрійович Майданик,*завідувач кафедри цивільного права**Київського національного університету імені Тараса Шевченка,**академік Національної академії правових наук України,**доктор юридичних наук, професор***ЕВОЛЮЦІЯ РЕЧОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ***1. Речові права в приватному праві Стародавнього Риму*

Сучасне розуміння юридичної категорії «речові права» в світовій науці приватного права сформувалося в результаті тривалої еволюції системи прав на речі. Основи сучасної системи речових прав були започатковані в приватному праві Стародавнього Риму. Спочатку римські юристи не проводили поділу прав на речові та зобов'язальні, ця класифікація вироблена більш пізніми вченими.

Досліджуючи Дигести Юстиніана, І. Б. Новицький зазначав, що відмінність між цими правами слід проводити за їх об'єктом: «У тих випадках, коли особа має таке право на річ, яке надає його носію можливість безпосереднього впливу на неї (коли предметом права є річ), право називається речовим (тобто, правом на річ); в тих же випадках, коли в суб'єкта немає безпосереднього права на річ, а лише є право вимагати від іншої особи надання речі, таке право називається правом зобов'язальним».

Римські юристи визнавали речові права (тобто, право власності та права на чужі речі – сервітуту, суперфіцій, емфітевізис) і володіння правами на речі.

Володіння і право приватної власності розумілось юристами-класиками як безпосереднє панування над річчю, направлене прямо на річ, без будь-якого посередництва – *jus in re*.

Коли ж річ не належала самій заінтересованій особі, але вона мала домагання на користування річчю, яка належала іншій особі (*res aliena*), то виникали права, які отримали назву *jura in re aliena*, права на чужу річ.

Отже, римське приватне право сформувало триаду прав на речі: а) володіння; б) власність; в) права на чужі речі.

У римському праві володіння розглядалось як певне природне, фактичне відношення особи до речі: «Володіння – природне підкорення речі, власність – юридичне підкорення». Разом з тим, володіння (факт) веде до встановлення правовідношення.

Римське право протиставляло юридичне володіння (*possessio*) і фактичне тримання (*detentio*) і розмежовувало їх за суб'єктивним фактором – на що направлена воля суб'єкта. Для виникнення володіння необхідні дві умови: а) фактичне панування над річчю (*corpus*); б) намір мати річ у власності, володіти від свого імені (*animus*). При цьому детентор має волю володіти річчю, але не від свого, а від чужого імені. Тому саме *animus domini* – намір самостійно панувати над річчю – вирізняє юридичне володіння від *detentio*.

Фактичне панування над річчю (*corpus*) полягало у фізичному дотику (рукою чи ногою) до речі, або в її символічній передачі (передача ключів від будинку тощо).

Володіння рухомою річчю припинялося, коли нею заволодіє хто-небудь інший. Володіння земельною ділянкою припинялося з моменту, коли первинний володілець узнав про іншу особу – порушника.

Щодо тварин в Інституціях Гая зазначається: «Якщо ми спіймаємо дикого звіра, або птицю чи рибу, то спіймана нами тварина до тих пір визнається нашою, поки ми тримаємо

її в нашій владі». Тварина перестає належати особі, «коли вона втрачає схильність до повернення» (Gai. 2, 67).

Отже, володіння над річчю припинялося в момент втрати «влади» над майновим об'єктом, а саме неможливість здійснювати повний контроль над річчю, а також одночасне вибуття її зі складу майна особи.

Юридичному володінню (*possessio*) надавався посесорний (володільницький) захист шляхом пред'явлення інтердиктів. На відміну від позовів, при розгляді інтердикту спір про право не розглядався, а особі, яка пред'являла інтердикт, достатньо було довести, що вона є (була) володільцем цієї річі.

За загальним правилом інтердикти надавалися володільцю. Винятком із цього правила було *detentio*, забезпечене інтердиктом, яке отримало назву похідного володіння. У літературі похідним володінням визнавалося володіння певною особою річчю «з частковою метою» або «заради збереження чужих інтересів».

Зазвичай виділяють два випадки, коли детентору надавався захист. Він був наданий заставодержателю і секвестру (оскільки до закінчення спору невідомо, від чийого імені він володіє). У подальшому ця форма захисту була надана також прекаристу, емфітевтичному і суперфіціарному володільцям.

Традиційно виділяються дві групи інтердиктів, направлених на захист володіння: інтердикти, направлені на утримання володіння, та інтердикти, направлені на повернення втраченого володіння.

У літературі надання захисту окремим володільцям пояснюється по-різному. Відповідно до теорії Ф. К. Савінії, призначення інтердикту, який не може захищати факт, полягає в їх спрямованості проти насильства, а тим самим вони охороняють володіння. Тому інтердикти – особисті, деліктні позови. Інший підхід було обґрунтовано Р. Ієрингом, який полягає у визнанні володіння «видимістю», «реальністю» власності, що полегшує тягар доказування права власності. Інтердикт дає можливість не доказувати право, а лише послатися на факт знаходження річі у володінні і тим самим захистити власність. Отже, за допомогою інтердиктів захищається, перш за все, право власності.

2. Речові права в цивілістиці дореволюційного і радянського періодів

Конструкція речових прав замінила в XVIII-XIX століттях в європейському континентальному (а саме в німецькому пандектному) праві середньовічну феодальну конструкцію «розщепленої» власності на землю.

Категорія речових прав не була сприйнята в англо-американському праві, яке залишилося на традиційних позиціях визнання «надзвичайної безлічі прав власності і відсутності чіткого розмежування речових і зобов'язальних прав».

Подібні стародавньому римському праву підходи щодо речового права сформувались і в науці українського права кінця XIX – початку XX ст.

Узагальнюючи дослідження українських юристів дореволюційного періоду, можна прийти до висновку про те, що речовим правом визнавалося таке абсолютне право, яке мало своїм об'єктом річ, що надає носію прав можливість безпосереднього на неї впливу.

Водночас у висловлюваннях правознавців наявні й значні розходження. Так, Д. І. Мейер зазначав, що «зобов'язальне право відрізняється від речового за супутнім (кореспондуючим) йому зобов'язанням». Інші автори (зокрема, Ю. С. Гамбаров) звертали увагу на те, що речові та зобов'язальні права не можна відрізнити за характером захисту: «Властивість права мати річ своїм безпосереднім предметом і впливати на неї всіма дозволеними засобами становить основну ознаку речового права, і його абсолютний захист є лише наслідок цієї якості».

Українська цивілістика дореволюційного періоду розглядала правову природу речового права з трьох основних позицій: а) як відношення панування особи над річчю («речова сторона» відносин власності); б) як відношення між уповноваженою особою і всіма третіми особами з приводу речей («суспільна сторона» відносин власності); в) з двоякої точки зору: як відносини між особами і за об'єктом панування особи в цивільному обороті.

В останньому випадку речове визначалося не лише «негативно» (в смислі усунення всіх третіх осіб)», кваліфікуючи його в цьому відношенні як абсолютне право, але й «позитивно, як панування особи над річчю», тобто як речове право у власному (вузькому) значенні слова.

З огляду на це, прихильники такого підходу обґрунтовували тезу про те, що «юридичні відносини по речам характеризуються двояко: як відносини абсолютні і речові» (В. І. Синайський).

Українська цивілістика радянського періоду відмовилася від категорії речових прав, яку було відновлено лише на початку 90-х років минулого століття.

У сучасному вітчизняному цивільному праві категорія речових прав поступово починає відроджуватися після тривалого забуття попереднім правопорядком».

3. Сучасний стан речового права України

У праві країн континентального права, до яких відноситься й право України, інститут речового права займає визначальне місце, покликаний юридично забезпечити відносини присвоєння майна суб'єктами права.

Термін «речове право» відображає класичний для країн континентального права поділ прав на майно на речові та зобов'язальні, що визначають систему сучасного цивільного права України.

Сучасна наука цивільного права України визнає забутий до останнього часу інститут речових прав.

Українська доктрина речового права перебуває на етапі розвитку і наближення до загальноєвропейського праві рівня.

Вітчизняною юридичною наукою так і не сформовано єдиного поняття, принципів і системи речового права, не вирішено питання щодо спеціальних речово-правових способів захисту речових прав (речові позови) і тлумачення характеру переліку речових прав (відкритий чи закритий), не визначено юридичну природу володіння, окремих суб'єктивних прав, зокрема права застави, оренди, довірчого управління майном, переважної купівлі-продажу майна тощо.

4. Тенденції сучасного речового права України

Україна знаходиться на етапі формування традиції суспільства соціально орієнтованої ринкової економіки, юридично опосередкованого процесами прискореного наближення інститутів речового права до загальноєвропейського праві принципів і стандартів.

Реалізація в українському праві політики економічного та юридичного лібералізму знайшла відображення в тенденції до дезінтеграції єдиного права власності і розширеного розуміння поняття речових прав шляхом законодавчого визнання майна (а не лише речі) об'єктом речового права, елементів режиму речового права на індивідуалізуємі зобов'язальні, корпоративні, інші суб'єктивні майнові права як об'єкти цивільного обороту.

В українському праві, як і в багатьох інших країнах континентального права, спостерігається певне розмиття кордонів між речовими і зобов'язальними правами, що виявляється не лише в певних обмеженнях дії принципів речового права щодо окремих речових прав, але також у тому, що відбувається оречевлення окремих зобов'язальних прав, внаслідок чого вони набувають окремих ознак речових прав.

Сучасний етап розвитку інституту речового права характеризується розширенням переліку суб'єктивних прав з ознаками речового права, зближенням концепцій речових і зобов'язальних прав, появою нових видів «нематеріального» майна, які мають характеристики товару (інформація, ноу-хау тощо).

Спостерігається тенденція до переоцінки соціального призначення права власності і речового права загалом, яка визначається з урахуванням доктрини ліберального праворозуміння, заснованої на ідеях соціальної солідарності і співробітництва, економічного та соціологічного аналізу права.

Посилюється акцент до розуміння речового права як засобу (інструменту) права. Право власності, інші речові права перестали бути самоціллю, і все більше набувають ознак засобу, який використовується людиною для організації своєї самореалізації. З урахуванням цього здатність скористатися речовим правом націлюється на організацію підприємницької, іншої господарської діяльності, в якій людина створює себе сама і саме для неї набуває такі якості, як освіченість, працездатність, набуття високої кваліфікації.

В українському цивільному праві утверджується новий підхід до класифікації інституту права власності, який не передбачає його поділ на форми власності. Відмова ЦК України 2003 р. від терміну «форма власності» і поділу власності на форми (державну, комунальну, приватну) сприяв формуванню в українській доктрині цивільного права ідеї про необхідність відмови від самого поняття «форма власності».

Конституція України не містить положень про поділ власності на певні форми, як це було в Конституції УРСР 1978 р. і в Законі України «Про власність». Зазначена тенденція зумовлена тим, що право власності, по суті, є єдиним для всіх суб'єктів права власності незалежно від того, хто є суб'єктом права власності – фізична або юридична особа, держава чи територіальна громада, воно завжди характеризує стан присвоєності речі, відповідно, поділ на форми власності втрачає будь-який сенс.

Сутність словосполучень, які все ще зустрічаються в законодавстві, типу «організації різних форм власності», «майно, що належить до різних форм власності», полягає в позначенні того, що відмінності між різними власниками відсутні, вони всі рівні. Такий підхід закріплено і в Конституції України, в якій декларується рівність всіх власників. У свою чергу, вона прокладає шлях до розуміння права власності як єдиного інституту, незалежно від правосуб'єктності. Тому вживання терміну «форми власності» в законодавстві є недоцільним.

Подібний підхід до розуміння поділу права власності свідчить про формування в українській цивілістичній доктрині моністичного розуміння власності, заснованого на ідеях «соціального лібералізму», близького до загальноприйнятої в країнах ЄС ліберальної концепції права власності.

Концепція «соціального лібералізму» права власності в Україні знаходить свій вияв у: 1) розмаїтті проявів (видів, типів, форм) власності; 2) затвердженні принципу рівноправності всіх власників; 3) розумінні приватної власності як природного права людини, яке, незалежно від волі свого носія, може відчужуватися лише у випадках, прямо передбачених законом; 4) поступовому переходу від абсолютного до обмеженого характеру права власності у зв'язку зі зростанням соціальної функції власності (власність зобов'язує – ч. 3 ст. 13 Конституції України).

Активна інтеграція України в європейський правовий простір зумовила актуальність питань щодо допустимих меж імплементації речово-правових конструкцій, загальноприйнятих у праві ЄС. Допустимим об'єктом і межею такої імплементації повинні бути не стільки конкретні речово-правові конструкції, як їх відповідність основним цінностям і принципам

права ЄС. Перш за все, йдеться про принцип свободи обороту продукції (послуг), капіталів і робочої сили. Це означає, що імплементацію європейського зразка конструкцій до речового права України необхідно проводити з урахуванням її національних інтересів і традицій.

В українському праві існує тенденція до розширення кола речових прав за рахунок так званих «прихованих» речових прав. Такого роду атипіві речові права можуть бути виявлені такими двома способами: а) речові права, які визначаються з урахуванням змісту норм ЦК, інших законів України і законодавчо прямо не названі речовими правами – довірче управління майном, переважне право купівлі-продажу майна, оренда, застава, іпотека, утримання; б) речові права, передбачені спеціальними законами і знаходяться в ЦК України у системі зобов'язальних прав (оренда нерухомості, довірче управління майном тощо).

Один із викликів для класичного розуміння речового права пов'язаний із впровадженням в українське право конструкцій довірчої власності, бенефіціарної власності, інших фідучіарних титулів, заснованих на ідеї «цільового майна» як одного із способів здійснення права власності. Правова природа цільового права власності полягає в самообмеженні абсолютного права власності на певний час із можливістю відновлення в повному обсязі повноважень після досягнення мети або з інших підстав, визначених законом або договором.

Інтерес до фідучіарних титулів в українському праві багато в чому зумовлений недостатньою ефективністю класичних речових й інших суб'єктивних майнових прав, і, як наслідок, прагненням учасників цивільного обороту сконструювати непоіменовані правові конструкції, що знаходяться за межами типових, «зарегульованих» державним правом правових титулів.

Фідучіарний титул покликаний сприяти правовій стабільності в суспільстві за допомогою застосування титулів власності, володіння, інших прав в інтересах третьої особи або певної мети. Мотивами застосування фідучіарного титулу зазвичай є відсутність професійних знань, необхідних для управління власністю, фактична або юридична неможливість особистого здійснення титулу власника або власника.

Фідучіарний титул є певним викликом для традиційного розуміння поняття права власності та речового права в цілому, що зумовлено особливостями інтересу, структури та інших елементів фідучіарного титулу.

5. Моделі та інтернаціоналізація речового права в сучасному західноєвропейському та англо-американському праві

Юридична модель речового права, як і цивільного права в цілому, є продуктом розвитку не лише економічних відносин, але перш за все певних національно-історичних відносин.

Помилково вважати, що право визначається виключно економічним базисом суспільства. Одні і ті самі відносини, наприклад, земельної власності, юридично зовсім іншим чином оформлюються в економічно абсолютно однотипних правових порядках – англо-американському та європейському континентальному праві.

Якщо в західноєвропейському праві постійна приналежність нерухомих речей юридично оформлюється за допомогою права власності й інших речових прав (а в правових порядках німецького типу нерухомими речами вважаються лише земельні ділянки), то в англо-американському праві у приватних осіб можуть бути лише різні, відносно «широкі» й «вузькі» «титули» (estates) на земельні ділянки як нерухомі речі (real property або realty), оскільки «право власності» на них (у європейському розумінні) може належати лише короні або штату.

При цьому такі «титули» існують як за «звичайним правом» (estate in law), так і за «правом справедливості» (equitable estate), тобто немов би «подвоюються», але разом з тим вони не можуть існувати щодо рухомих речей (personal property, або personalty), на які встановлюється «повна власність» (full ownership).

Сукупність перерахованих прав «власності» (ownership) і «титулів» (estate) становить поняття «property rights», яке «з легкої руки» наших економістів перекладається як «права власності», хоча в дійсності слід вести мову про майнові права.

У цьому зв'язку в літературі зазначається, що ніяких «прав власності» немає не лише в європейських континентальних правових системах (де існує лише одне право власності), але й в англо-американському праві. Тому, зокрема, й «інтелектуальна власність» (intellectual property) є не якимось різновидом «власності» або «права власності», а всього на всього лише результатом неправильного перекладу, оскільки в дійсності при цьому йдеться про «майнові права на результати творчої діяльності».

Очевидно, пояснити зазначені відмінності у правовому регулюванні економічно однакових відносин земельної власності в континентальній Європі речовим правом і в англо-американському праві – складною системою «титулів» (estate) можна саме особливостями національно-історичного розвитку конкретного правового порядку.

Загально відомо, що відносно рання буржуазна революція в Англії XVII століття зберегла феодальні засади сформованого правового порядку (відомого як система «звичайного права» – common law), який потім із певними модифікаціями перейшов до США, тоді як буржуазні республіки в Європі XVIII століття повністю змели феодальну систему «розщепленого права власності» (dominium directum і dominium utile) на нерухомість, замінивши її розробленою німецькими пандектистами системою речових прав.

Наведене свідчить, що процес інтернаціоналізації (зближення та уніфікації) цивільного права, особливо в сфері речового права, має певні обмеження, зумовлені національно-правовими традиціями відповідного правового порядку, що ґрунтуються на засадах відповідної правової сім'ї.

Відповідно, при проведенні загальної систематизації цивільного законодавства в сфері речового права необхідно враховувати особливості власного правового розвитку і сформовані національно-правові традиції, які врешті й визначатимуть допустимий ступінь модифікації та інтегрованості відповідних речово-правових конструкцій національного правового порядку.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.44

Володимир Васильович Луць,

завідувач відділу проблем приватного права

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,

академік Національної академії правових наук України,

доктор юридичних наук, професор

КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО – ПІДГАЛУЗЬ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Процеси реформування суспільних відносин в умовах інтеграції економічної системи України до європейського і світового співтовариства викликають необхідність удосконалення

вітчизняного законодавства у цій сфері та наукового обґрунтування виникаючих при цьому правових проблем. Такими є, зокрема, питання про правову природу корпоративних відносин, їх зміст та місце норм корпоративного законодавства у правовій системі України.

Вийшло так, що з прийняттям Цивільного (далі – ЦК України) і Господарського (далі – ГК України) кодексів України (2003 р.) регулювання корпоративних правовідносин паралельно, але не завжди узгоджено здійснюється нормами і ЦК України і ГК України.

Визначення понять корпоративних відносин і корпоративних прав дається у ст. 167 ГК України. Про права учасників господарських товариств (хоч вони і не названі корпоративними) йдеться й у ст. 116 ЦК України. Учасники господарського товариства можуть також мати й інші права, встановлені установчим документом товариства та законом. Зміст корпоративних правовідносин складають суб'єктивні права та суб'єктивні обов'язки сторін цих правовідносин – корпорації та її учасників. Традиційним у літературі є поділ корпоративних прав на майнові та немайнові (організаційні).

Питання щодо правової сутності корпоративних відносин і корпоративних прав та їх місце у системі права залишається дискусійним в юридичній літературі. Так, В. С. Щербина вважає, що корпоративні відносини є специфічним видом відносин у сфері господарювання, які за своєю правовою природою є поєднанням взаємопов'язаних і взаємообумовлених організаційно-господарських та майново-господарських відносин, що існують у нерозривній єдності [1]. Однак, аналіз змісту корпоративних прав та обов'язків і самих корпоративних відносин, які складаються між корпорацією та її учасниками і між самими учасниками, дає підстави для висновку, що корпоративні правовідносини є цивільно-правовими, а система правових норм та інших соціальних регуляторів цих відносин складає підгалузь цивільного права.

У ЦК України значно ширші, порівняно з ГК України, визначені загальні положення про підприємницькі товариства як юридичні особи і як сторони в корпоративних відносинах. Товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи (ст. 84 ЦК України). А. В. Зеліско називає їх «підприємницькими юридичними особами приватного права», включаючи до їх числа також фермерські господарства, наукові парки [2].

Слід підкреслити, що господарські товариства є юридичними особами приватного права, що створюються з метою задоволення насамперед приватних інтересів самих товариств та їх учасників. Вони формуються на підставі установчих документів відповідно до ст. 87 ЦК України. Для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками), якщо законом не встановлений інший порядок їх затвердження. Установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Товариство, створене однією особою, діє на підставі статуту, затвердженого цією особою.

У засновницькому договорі товариства визначаються зобов'язання учасників створити товариство, порядок їх спільної діяльності щодо його створення, умови передання товариству майна учасників, якщо додаткові вимоги щодо змісту засновницького договору не встановлені ЦК або іншим законом (ч. 2 ст. 88 ЦК України).

Повне і командитне товариства створюються і діють на підставі засновницьких договорів, які відповідно стають основними документами, що визначають їх правовий статус.

Засновники товариств з обмеженою або додатковою відповідальністю та акціонерних товариств при необхідності теж можуть укласти засновницький договір. І хоч зазначені договори про заснування такого товариства не є установчими документами і подання їх при державній реєстрації не є обов'язковим, їх значення у формуванні та визначенні правового статусу товариства не применшується.

Питання щодо правової природи засновницького договору є спірним у літературі з цивільного та господарського права: в одних випадках він розглядається як різновид договору про спільну діяльність [3], в інших – проводиться відмежування засновницького договору від договору про спільну діяльність [4]. Аналіз мети і змісту засновницьких договорів дозволяє розглядати їх як цивільно-правові договори, зокрема як види договорів про спільну діяльність. Як вважають Ю. М. Жорнокуй та І. В. Спасибо-Фатєєва, засновницькі договори можна віднести до договорів про спільну діяльність, але в них буде досить багато особливостей. Це і виникнення юридичної особи як наслідок укладення засновницького договору, і визначення засновницьких договорів установчими документами, а згодом – підставою діяльності не лише сторін договору, але й створеної ними юридичної особи, і правовий режим майна [5, с. 448]. Правова форма договору може використовуватись не лише при початковому створенні підприємницьких товариств, але й при їх реорганізації, зокрема при злитті та приєднанні. Злиття декількох акціонерних товариств або приєднання одного чи декількох товариств до вже існуючого товариства може бути наслідком укладення між ними договорів на основі відповідних рішень вищих органів управління цих товариств.

Щодо реорганізації інших господарських товариств (з обмеженою або додатковою відповідальністю, повних, командитних) укладення договорів при їх злитті чи приєднанні законодавством не передбачено, але й не заборонено.

Правова природа договору про реорганізацію (злиття, приєднання) акціонерних товариств по-різному оцінюється в літературі з корпоративного права [6]. За своїм характером та метою цей договір є близьким до засновницького договору господарського товариства, вбираючи в собі риси цивільно-правового договору.

Відповідно до ч. 5 ст. 3 Закону України «Про господарські товариства» іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, а також міжнародні організації можуть бути засновниками та учасниками господарських товариств нарівні з громадянами та юридичними особами України, крім випадків, встановлених законодавчими актами України. Поряд з юридичними та фізичними особами засновниками та учасниками акціонерних товариств можуть бути держава Україна в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, і територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном (ч. 1 ст. 9 Закон України «Про акціонерні товариства»). Ще одним аргументом для підтвердження цивільно-правової природи корпоративних прав та обов'язків є право учасника господарського товариства здійснити відчуження часток у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві, у порядку, встановленому законом (п. 4 ч. 1 ст. 116 ЦК України). Розпорядження частками у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів (акцій) учасники товариства здійснюють у правових формах, здебільшого договірних, властивих цивільному праву (купівля-продаж, дарування, міна, застава, спадкування за законом чи заповітом тощо).

Відносини, що виникають між акціонерами АТ, можуть регулюватися акціонерним договором (угодою), який укладається після створення товариства і пов'язує акціонерів взаємними правами та обов'язками протягом усього періоду існування товариства.

Потреба в укладенні акціонерних договорів виникає внаслідок того, що у процесі діяльності АТ багато питань виробничо-екологічних, управлінських, фінансових, правових відносин залишаються неврегульованими нормативними актами та статутом. Такі договори є насамперед специфічною формою опосередкування правових зв'язків між суб'єктами корпоративних правовідносин, а саме через реалізацію їх спільних інтересів. Нарешті, право на захист у разі порушення суб'єктивних корпоративних прав та обов'язків учасників і самої корпорації та способи попередження і вирішення корпоративних конфліктів здійснюється у формах судової процедури, шляхом самозахисту, оперативного захисту чи застосуванням процедури медіації. Медіаційний договір, укладений учасниками корпоративного конфлікту, є цивільним правочином, до якого мають застосовуватись норми законодавства про правочини, зобов'язання, загальні положення про договір [7].

В оцінці юридичної природи та місця корпоративного права у близькій з Україною правовій системі варто зіслатись на думку фахівців із зарубіжних країн. Зокрема, Є. В. Богданов вважає, що корпоративне право – це сукупність цивільно-правових норм, які регулюють майнові, особисті немайнові та цивільно-правові організаційні відносини, пов'язані з участю в корпоративних організаціях або управління ними. Корпоративне право за своїм спеціальним значенням і роллю в цивільному обороті, за обсягом нормативного матеріалу та його системною організацією являє собою підгалузь цивільного права [8]. Корпоративні відносини включені до предмета регулювання цивільного законодавства Російської Федерації нарівні з речовими, зобов'язальними та іншими цивільно-правовими відносинами (ст. 1 Цивільного кодексу Російської Федерації). Говорячи про предмет регулювання цивільного, в тому числі корпоративного права, не можна оминати питання про так звані організаційні відносини, що неоднозначно трактуються в літературі. У сфері корпоративного права – це передусім організаційні відносини по корпоративному управлінню.

Отже, враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок про те, що корпоративні майнові, особисті немайнові та пов'язані з ними організаційні відносини, є цивільно-правовими і входять до предмета регулювання цивільного права, складаючи його підгалузь.

Список бібліографічних посилань:

1. Щербина В. Правова природа корпоративних відносин. *Українське комерційне право*. 2006. № 7. С. 13; Щербина В. С. Суб'єкти господарського права. Київ: Юрінком Інтер, 2008. С. 26.
2. Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т. ім. В. Стефаника, 2017. 445 с.
3. Коссак В. М. Іноземні інвестиції в Україні: цивільно-правовий аспект. Львів: Центр Європи, 1996. 216 с.
4. Довгерт А. С. Спільна діяльність // Цивільне право: навч. посіб. Ч. 2/за заг. ред. Підпригорі О. А. та Бобрової Д. В. Київ, 1996. С. 287–288.
5. Жорнокуй Ю. М., Спасибо-Фатеева И. В. Договоры по созданию хозяйственных обществ // Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография/под общ. ред. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. С. 435–448.
6. Жорнокуй Ю. М., Спасибо-Фатеева И. В. Договоры по реорганизации юридического лица // Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография/под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. С. 464–465.
7. Жорнокуй Ю. М. Цивільно-правова природа корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2016. С. 22–23.
8. Богданов Е. В. Место корпоративного права в российской правовой системе. *Журнал предпринимательского и корпоративного права*. 2016. № 3. С. 30–34.

Одержано 25.04.2017

Інна Валентинівна Спасибо-Фатєєва,

професор кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

доктор юридичних наук, професор

ПРИНЦИП СВОБОДИ ДОГОВОРУ

Тематика, пов'язана зі свободою договору, продовжує зберігати свою актуальність, для чого є досить серйозні причини. Як загальнознавучі або визначальні для сутності свободи договору слід назвати такі співвідношення: (а) свобода договору і його значення як регулятора / принципу регулювання відносин; (б) взаємозв'язок свободи договору з іншими принципами цивільного права; (в) межі застосування принципу свободи договору; (г) охоплення поняттям свободи договору трьох різних його ракурсів (як правочину / тексту / правовідносин); (ґ) свобода договору на стадіях його укладення, виконання та припинення; (д) свобода договору в регулятивних і охоронних правовідносинах (розуміння відповідальності за його порушення). У зв'язку з багатогранністю дослідження свободи договору зупинимося на принципі свободи договору.

Узгодженість дії методу і принципу (свободи договору) в цивільно-правовому регулюванні можна простежити в ст. 1 ЦК України, яка визначає цивільні відносини як засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Саме це і зумовлює можливість для сторін максимально зосередити свої зусилля на узгодженні умов і положень договору, чому вони будуть слідувати саме як «батьки» тих установлений, які в ньому містяться. Держава ж зберігає важливе місце в системі правового регулювання, оскільки має запропонувати і створити ті публічно-правові механізми, які зможуть забезпечити дієвість цього принципу.

Іншими словами, хоча принцип свободи договору розрахований виключно на приватноправову сферу, його системне розташування в ній не може бути досягнуто без впливу публічно-правових механізмів. Тому роль держави повинна абсолютно змінитися: від моделі планово-економічних зв'язків, що залишають договорам далеко не головну роль у відносинах між суб'єктами, перейти до моделі вільного вступу суб'єктів у договірні правовідносини, що буде можливим лише при контролі за її забезпеченням. У першому випадку йдеться про тотальні приписи, які мінімізують свободу договору, в другому – про обслуговування максимального проникнення свободи договору в середовище обороту майна. В першу чергу це стосується запобігання процесів монополізації, а в разі діяльності природних монополістів – контролю. Крім цього, потрібно запровадити законодавчі заходи охорони і захисту слабкої сторони в договірних відносинах.

Якраз саме про це стосовно договірної свободи в першу чергу прийнято говорити, так само як про публічний договір, а також про спонукання укласти договір; про дотримання переважних прав та істотних умов договору, про які сторони повинні домовитися під загрозою визнання договору неукладеним; про встановлення в законі кола суб'єктів, які можуть бути стороною договору; про обмеження, що диктуються монопольним становищем на ринку товарів і послуг.

Найважливішим при формуванні умов договору та узгодження тих правил, якими особи будуть керуватися, будучи пов'язаними певний проміжок часу, є свобода сторін.

При цьому в зв'язці «договір – закон» перший, безумовно, повинен бути підпорядкований закону. Однак, перш за все, важлива модель такого підпорядкування, яка залежить від методу правового регулювання, а ним в цивільному праві, як відомо, є диспозитивність, притаманна його нормам. Найбільш повно і послідовно український законодавець проводить вектор між методом диспозитивності та принципом свободи договору в ст. 6 ЦК України, що містить три рівні, на кожному з яких цей принцип має свою питому вагу.

Перший найбільш універсальний: сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає його загальним засадам. На цьому рівні законодавець навіть допускає звичайну модель співвідношення договору і закону, якою сторонам надавалося б право укласти будь-який договір, врегульований цим Кодексом та іншими актами цивільного законодавства, а також не врегульований ними. Він відразу встановлює це право, надаючи тим самим істотне значення саме можливості укласти договори, не врегульовані законом. Звідси творче значення волі сторін на цьому рівні – вони формують цілком і повністю регулятор своїх відносин.

Другий рівень – середнього ступеня універсальності: сторони мають право врегулювати у договорі, передбаченому актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Тим самим встановлюється підхід до формування джерела права для сторін за залишковим принципом – вони можуть доповнити відповідні законодавчі норми.

Третій рівень міг би також розглядатися як максимально універсальний, якби можливість для сторін відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд була обмежена встановленням заборони на це, причому також тривісною. По-перше, сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано на це; по-друге, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту; по-третє, якщо це випливає з сутності відносин між сторонами.

Дієвість цього бачиться в максимальній доступності для сторін врегулювати свої відносини на власний розсуд. Саме так сприймається ч. 1 ст. 6 ЦК України, що кардинально поміняла усталений підхід до диспозитивності, згідно з яким тривалий час вважалося, що сторони можуть по-своєму врегулювати відносини, в порівнянні із запропонованою нормою права, при наявності в ній вираження «якщо інше не передбачено законом або договором». За ЦК України 2003 р. такі обороти стали зайвими. Навпаки, в нормах цього Кодексу та інших актів цивільного законодавства слід шукати протилежний вираз про те, що сторони не вправі робити того-то і того-то (або подібні).

У той же час не можна не відзначити досить високу ступінь розпливчастості двох останніх проявів заборони, бо вони вимагають ретельного тлумачення з огляду на неочевидність змісту актів цивільного законодавства, з яких випливає неприпустимість відступу від них, а тим більше, суті відносин між сторонами. Наскільки виправданий такий підхід, повинна показати практика застосування ст. 6 ЦК України.

Незважаючи на це, подібні формулювання в її частині третій цілком могли б вважатися безпроблемними, якби не наявність в Україні Господарського кодексу (ГК України), який вносить свої істотні корективи до цивілістичного ступеню свободи договору.

Це стосується перш за все обов'язків або примусу укласти договір, що обумовлено регулюванням цим Кодексом відносин, які складаються за участю державних органів і організацій, зокрема, державного замовлення. Навпаки, ЦК України, будучи кодексом виключно приватного права, послідовно проводить лінію щодо неухильного дотримання принципу свободи договору. Навіть попередній договір регулюється таким чином, що при

ухиленні однієї з його сторін від укладення основного договору наслідком не може бути спонукання до цього. Український законодавець обмежився лише вказівкою на можливість для іншої сторони попереднього договору стягнути збитки (ч. 4 ст. 633 ЦК України). Натомість ГК України допускає примушування до укладення основного договору в разі ухилення від цього однієї зі сторін попереднього договору (ч. 3 ст. 182).

У всякому разі завжди застосування норми права пов'язане з орієнтацією на принципи права. Втім будь-який принцип не може бути зведений в абсолют і повинні бути межі його застосування. У зв'язку з цим не варто замовчати те, що економічні відносини таким чином розгортають правову оболонку, що дозволяє їм давати оптимальну віддачу, що це позначається на значному звуженні значення принципу свободи договору. Мова йде не про один-два випадки або винятки, а про цільову спрямованість в інший бік окремих пластів договірних відносин – до стандартизації. Це має місце в таких широких сферах, як банківська, страхова, біржова та ін. Чимало прийнято і типових, примірних, модельних договорів не тільки при регулюванні відносин, учасниками яких є органи державної влади (наприклад, типовий договір оренди майна, земельної ділянки), але і в великих корпораціях, що пропонують своїм структурним підрозділам (філіям тощо), а також дочірнім компаніям типові договори, якими вони керуються, укладаючи договори.

Можливо, цим обумовлені висловлювання про згортання принципу свободи договору, його витіснення стандартами справедливості і вимогам громадського порядку [1] з пропозицією замінити або, принаймні, доповнити цей принцип принципом справедливості договорів [2, с. 16]. Разом з тим ці та подібні міркування в жодній мірі не виходять за межі приватноправового регулювання. Більш того, вони прокладають міст до інших принципів цивільного права (ст. 3 ГК України), з якими безумовно повинен узгоджуватися принцип свободи договору.

Кожен з них являє собою окремий феномен, але не є самодостатнім. Важлива віялова дія всіх принципів, покладених в основу підходів до регулювання цивільних майнових відносин. Адже без рівності всіх власників не може бути свободи договору; без свободи підприємницької діяльності – значної частини цивільного обороту, для якого властиве укладення численних договорів; без невтручання держави в особисту сферу людини, що безпосередньо впливає на формування його волі, – створення простору, в якому можливо вільно висловлювати свою волю, проявляти ініціативність і вступати в стосунки з іншими. І, звичайно, «три в одному» – сумлінність, розумність і справедливість як основоположні засади всіх дій суб'єктів.

Список бібліографічних посилань:

1. Sheigman H. Contractual liability and voluntary undertakings. *Oxford journal of legal studies*. 2000. Vol. 20. № 2. P. 205–220. (Цит. по: Порпібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України. Київ: Прав. єдність, 2009. С. 114).
2. Цвайгерт Х., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М.: Международ. отношения, 2000. Т. 2. 512 с.

Одержано 12.04.2017

УДК 347.51

Володимир Михайлович Коссак,

завідувач кафедри цивільного права та процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка,

доктор юридичних наук, професор

ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ОСІБ У РАЗІ ПОРУШЕННЯ ЇХ ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Відповідно до ч. 1 ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, визначеному цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Частиною 1 ст. 15 ЦК України визначено право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорення.

Захист прав та інтересів осіб у разі порушення їх органами державної влади має свою специфіку. Якщо порушення мало місце внаслідок прийняття актів державних органів або їх посадових осіб у формі відповідних рішень чи розпоряджень спочатку треба скасувати такий акт. Особливе значення має це питання у разі прийняття індивідуального акту нормативного характеру.

Так, згідно із ч. 3 ст. 43 Закону України від 9 квітня 1999 р. «Про місцеві державні адміністрації» [1] розпорядження голови державної адміністрації, що суперечать Конституції України, законам України, рішенням Конституційного Суду України, іншим актам законодавства або є недоцільними, неекономічними, неефективними за очікуваними чи фактичними результатами, скасовуються Президентом України, головою місцевої державної адміністрації вищого рівня або в судовому порядку.

Таким чином, якщо правовий акт індивідуальної дії органу державної влади суперечить актам цивільного законодавства і порушує цивільні права або інтереси територіальних громад чи окремих осіб, він може бути скасований у судовому порядку.

Приведене стосується і участі органів державної влади в інших цивільних правовідносинах. Якщо орган державної влади є учасником цивілістичних відносин та стороною в договорах приватного характеру, він втрачає статус суб'єкта владних повноважень. Відповідно за невиконання чи неналежне виконання договірних обов'язків він несе відповідальність нарівні з іншими учасниками цивільних відносин. Обсяг і підстави відповідальності будуть визначатися ЦК України та законодавством. Така відповідальність має договірний характер.

Порушення цивільних прав внаслідок виконання публічно-владних повноважень матиме іншу правову природу. Втручання державних органів у приватні відносини в т. ч. у господарській площині має деліктний (недоговірний) характер. За своєю спрямованістю охоронне відношення деліктного характеру повинно компенсувати завдану шкоду суб'єктам приватного права. Підставою виникнення охоронного правовідношення є делікт (порушення) прав та інтересів особи, з якою орган державної влади не перебував в договірних відносинах.

Останнє має значення для розміру цивільної відповідальності. Адже відшкодування збитків, спричинених невиконанням чи неналежним виконанням договірних відносин включає як реальні втрати, так і упущену вигоду. Натомість компенсаційна роль відшкодування завданої шкоди обмежується реальними втратами. Водночас слушним є застереження щодо надмірної фетишизації та безмежного застосування норм про відшкодування моральної шкоди [2, с. 38].

Права та обов'язки органу державної влади в договірних відносинах визначаються договором. Обов'язок компенсувати збитки є додатковим, стосовно зобов'язань, встановлених договором. В деліктному відношенні повстає новий обов'язок відшкодувати шкоду за відсутності попереднього правового зв'язку між суб'єктами.

У разі існування договірної відносини, якщо права та інтереси порушені крім відшкодування збитків можуть бути застосовані також інші способи захисту, передбачені ст. 16 ЦК України. У відносинах з участю органів державної влади не завжди право на вибір способу захисту цивільних прав та інтересів може бути застосований. Це пояснюється насамперед тим, що питання участі державних органів в цивілістичних в т. ч. господарських відносинах регламентується в нормативному порядку. Тому, наприклад, припинити правовідношення як спосіб захисту не завжди можливо застосувати.

Водночас без дій (рішень) органів державної влади у формі відповідних актів у випадках, передбачених законодавством суб'єкти приватних відносин не можуть здійснити свої права. Як зазначав В. П. Грибанов, будь-яке суб'єктивне право представляє собою соціальну цінність лише тоді, коли його можна реалізувати, тобто скористатися наданим суб'єктивним правом можливостями для задоволення матеріальних і культурних потреб [3].

Отже, організована діяльність органів і посадових осіб є важливою передумовою реалізації суб'єктивних цивільних прав. Якщо внаслідок неправомірних дій органів державної влади та їх посадових осіб виникають перешкоди для здійснення цивільних прав або можливості їх реалізації, наслідком яких є заподіяння матеріальної шкоди, такі органи повинні їх відшкодувати відповідно до положень законодавства.

Можна обґрунтувати спільну парадигму реалізацію цивільних прав з участю державних органів. Реалізація суб'єктивних цивільних прав залежатиме від наявності адміністративного акту уповноваженого державного органу. В результаті цивільні права і обов'язки виникають, змінюються та припиняються на підставі юридичного складу: волевиявлення у відповідній формі суб'єкта приватних відносин і адміністративно-владного управлінського акту компетентного органу.

Таким чином, протиправна поведінка органів державної влади є необхідною умовою настання цивільної відповідальності. Вона включає об'єктивну сторону складу правопорушення, суб'єктом якого є відповідний орган державної влади. Протиправність як підстава цивільної відповідальності органу державної влади може мати різноманітні прояви. Але вони зводяться до об'єктивної поведінки, яка пов'язана з діяльністю органу державної влади.

Діяльність органу державної влади регламентується відповідними нормативними актами, які визначають завдання та їх функціональні обов'язки. В них визначається компетенція органу державної влади через обсяг повноважень. Наслідком порушення функціональних обов'язків є негативні наслідки в цивільно-правовій сфері. Елементами протиправності може бути дія, яка порушує суб'єктивні права та інтереси учасників цивільних відносин. Така дія проявляється об'єктивно у виході за межі, встановлені нормативним актом компетенції органу державної влади. У разі порушення цивільних прав та інтересів суб'єкта приватних відносин останній має право застосувати цивільні способи захисту порушених прав.

ЦК України містить положення, що регламентують окремі спеціальні види деліктної відповідальності. Серед іншого шкода може бути завдана незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органів державної влади. Також шкода може бути заподіяна посадовими і службовими особами цих органів. Особливістю відповідальності у сфері адміністративно-публічного виконання цим органом своїх функцій є те, що порушення мають місце при здійсненні управлінсько-владних повноважень. Іншими словами порушення має форму

акту влади, правовим наслідком якого є заподіяння шкоди суб'єктам приватного права. Для них такі акти мають обов'язковий характер. Протиправною буде також бездіяльність органу влади і управління, якщо нормою законодавства він зобов'язаний вчинити певні дії правового характеру. Це ж саме стосується дій (бездіяльності) посадових і службових осіб органів влади. Компетенція і обов'язки останніх визначаються крім приписів нормативних актів також службовими (посадовими) інструкціями.

Список бібліографічних посилань:

1. Про місцеві державні адміністрації: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 20–21. Ст. 190.
2. Пушкін О., Скакун О., Шишка Р., Самойленко А. Концептуальні засади нового кодексу України // Стан кодифікаційного процесу в Україні: системність, пріоритети, уніфікація. Київ, 1995. С. 38.
3. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 22.

Одержано 26.04.2017

УДК 347.135.226

Олег Васильович Синєгубов,

декан факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6362-3115>

ПІДСТАВИ КОНВАЛІДАЦІЇ ПРАВОЧИНУ

Визнання правочину недійсним є одним із розповсюджених способів захисту цивільних прав та інтересів, значний інтерес до якого проявляється як у доктрині приватного права, так і в правозастосовній діяльності. Проте Цивільний кодекс України передбачає й можливість за наявності певних підстав звернутися до суду з позовом про визнання правочину дійсним. Відповідно до ч. 2 ст. 215 ЦК України недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. У випадках, встановлених ЦК України, *нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним*. Отже, за чинним цивільним законодавством України допускається визнання *нікчемного правочину дійсним* або *зцілення (конвалідація) нікчемного правочину*. Термін «конвалідація» (з італ. *«convalida»* – підтвердження) означає надання нікчемному правочину юридичної сили з моменту його вчинення. У сучасній юридичній літературі питання конвалідації правочину досліджуються фрагментарно, хоча у правозастосовній діяльності існує низка проблемних питань, вирішення яких викликає дискусію та спори як серед вчених-правників, так й серед практичних працівників. Саме зазначені чинники й підкреслюють актуальність дослідження підстав конвалідації правочину.

Проаналізуємо більш ретельно положення ЦК України, які передбачають можливість визнання нікчемного правочину дійсним у судовому порядку, тобто допускають конвалідацію правочину.

По-перше, частина 2 ст. 218 ЦК України передбачає: якщо правочин, для якого законом встановлена його недійсність у разі недодержання вимоги щодо письмової форми,

укладений усно і одна із сторін вчинила дію, а друга сторона підтвердила її вчинення, зокрема шляхом прийняття виконання, такий правочин у разі спору може бути визнаний судом дійсним.

У цьому контексті варто звернути увагу ще й на ч. 1 ст. 205 ЦК України, за якою правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Отже, подальший розвиток електронної комерції беззаперечно викличе необхідність розробки механізму визнання дійсними правочинів, які були укладені з порушенням вимог закону про електронну форму правочину.

По-друге, відповідно до ст. 219 ЦК України у разі недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину такий правочин є нікчемним. Суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідав справжній волі особи, яка його вчинила, а нотаріальному посвідченню правочину перешкоджала обставина, яка не залежала від її волі.

По-третє, згідно з ч. 2 ст. 220 ЦК України, якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається. При цьому необхідно мати на увазі, що згідно з ч. 3. ст. 334 ЦК України право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

По-четверте, аналіз ч. 2 ст. 221 ЦК України надає підстави для висновку, що у разі відсутності схвалення батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її дієздатності, він є нікчемним. На вимогу заінтересованої особи суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь малолітньої особи.

По-п'яте, відповідно до ст. 224 ЦК України правочин, вчинений без дозволу органу опіки та піклування (ст. 71 ЦК України), є нікчемним. На вимогу заінтересованої особи такий правочин може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідає інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку або піклування.

По-шосте, ч. 2 ст. 226 ЦК України передбачає, що на вимогу опікуна правочин, вчинений недієздатною фізичною особою, може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь недієздатної фізичної особи.

Звернемося до аналізу судової практики щодо визнання нікчемного правочину дійсним, враховуючи, що такі вимоги можуть заявлятися й щодо правочинів, які укладалися раніше, коли чинними були положення ЦК України щодо державної реєстрації деяких договорів, а не тільки державної реєстрації права власності на нерухоме майно, що передається за договором.

У пункті 13 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 6 листопада 2009 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» зазначається, що вирішуючи спір про визнання правочину, який підлягає нотаріальному посвідченню, дійсним, судам необхідно враховувати, що норма ч. 2 ст. 220 ЦК не застосовується щодо правочинів, які підлягають і нотаріальному посвідченню, і державній реєстрації, оскільки момент вчинення таких правочинів відповідно до статей 210 та 640 ЦК пов'язується з державною реєстрацією, тому вони не є укладеними і не створюють прав та обов'язків для сторін. При розгляді таких справ суди повинні з'ясувати, чи підлягає правочин обов'язковому нотаріальному посвідченню, чому він не був нотаріально посвідчений, чи

дійсно сторона ухилилася від його посвідчення та чи втрачена така можливість, а також чи немає інших підстав нікчемності правочину. У зв'язку з недодержанням вимог закону про нотаріальне посвідчення правочину договір може бути визнано дійсним лише з підстав, встановлених статтями 218 та 220 ЦК. Інші вимоги щодо визнання договорів дійсними, в тому числі заявлені в зустрічному позові у справах про визнання договорів недійсними, не відповідають можливим способам захисту цивільних прав та інтересів. Такі позови не підлягають задоволенню.

Пункт 3.2. постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 11 від 29 травня 2013 р. «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» передбачає, що у вирішенні спорів, пов'язаних з визнанням правочинів, які підлягали нотаріальному посвідченню, дійсними (ст. 219, 220 ЦК України), господарські суди повинні з'ясувати: чи підлягав відповідний правочин нотаріальному посвідченню, з яких причин його не було нотаріально посвідчено та чи втрачена можливість такого посвідчення, а також чи не суперечить зміст правочину вимогам закону, оскільки в такому разі позов не може бути задоволений. Якщо недійсність нотаріально посвідченого правочину обґрунтовується саме посиланням на неправомірність дій нотаріуса, що його посвідчив, то нотаріус може залучатися до участі у справі як третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору (ст. 27 ГПК України). Правочини можуть визнаватися дійсними виключно з підстав, визначених ч. 2 ст. 219 і ч. 2 ст. 220 ЦК України. Вимоги про визнання дійсними правочинів з інших підстав задоволенню не підлягають з огляду на невідповідність таких вимог установленим законом способам захисту прав та законних інтересів (ч. 2 ст. 16 ЦК України, ч. 2 ст. 20 ГК України).

Отже, у зазначеній постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», перш за все, міститься «технічна помилка», оскільки про порушення вимог закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину йдеться не у ст. 218, а в ст. 219 ЦК України. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 129 Конституції України суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. Проте застосування принципу верховенства права не допускає обмеження способів захисту цивільних прав та інтересів тільки тими способами, які передбачені законом або договором, тому вказівки на те, що вимоги про визнання дійсними правочинів з інших підстав задоволенню не підлягають з огляду на невідповідність таких вимог установленим законом способам захисту прав та законних інтересів (ч. 2 ст. 16 ЦК України, ч. 2 ст. 20 ГК України), можуть слугувати предметом дискусії та є небезспірними. Слушно зазначає Н. С. Кузнєцова, що визначаючи спосіб захисту, обраного учасником цивільних правовідносин, суд має право допустити такий спосіб захисту, який хоча і не передбачений законом або договором, проте відповідає сутності відносин між сторонами [1, с. 14].

Варто зазначити, що п. 14 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 6 листопада 2009 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» передбачає, що судам необхідно враховувати, що не допускається визнання дійсним заповіту, який є нікчемним у зв'язку з порушенням вимог щодо його форми та порядку посвідчення. У цьому разі судам слід застосовувати ст. 1257 ЦК, оскільки норми глави 85 ЦК не передбачають можливості визнання заповіту дійсним.

Заслужовує на увагу й позиція, викладена у постанові судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 19 червня 2013 р. у справі № 6-49цс13), що договір купівлі-продажу нежитлового будинку в силу ст. 657 ЦК України (у редакції, яка була чинною станом на 3 липня 2012 р.) підлягає і нотаріальному посвідченню, і державній реєстрації,

тому не може бути визнаний судом дійсним на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України, оскільки момент вчинення таких правочинів відповідно до ст. 210 та 640 ЦК України (у редакції, яка була чинною станом на 3 липня 2012 р.) пов'язується з державною реєстрацією правочину, а тому вони не є укладеними й не створюють прав та обов'язків для сторін. Однією з умов визнання правочину дійсним у судовому порядку є встановлення судом факту ухилення однієї зі сторін від нотаріального посвідчення правочину. Встановлення факту втрати продавцем правовстановлюючого документа на предмет відчуження за договором не може бути підставою для визнання договору дійсним.

Таким чином, можна зазначити, що ЦК України передбачає шість випадків, коли допускається визнання нікчемного правочину дійсним, тобто конвалідація правочину. У той же час не допускається визнання дійсним заповіту, який є нікчемним у зв'язку з порушенням вимог щодо його форми та порядку посвідчення, не може бути підставою для визнання договору дійсним й встановлення факту втрати продавцем правовстановлюючого документа на предмет відчуження за договором. Варто також звертати увагу на дію цивільного законодавства у часі, оскільки не допускається визнання правочину дійсним, якщо на час укладення правочину чинними були вимоги ЦК України щодо нотаріального посвідчення договору та його державної реєстрації, оскільки на той час момент вчинення правочину пов'язувався з моментом його державної реєстрації.

Подальше наукове дослідження питань конвалідації правочину сприятиме захисту порушених цивільних прав та інтересів учасників цивільних правовідносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Кузнецова Н. С. Регулирование гражданско-правовых отношений в Украине и направления совершенствования гражданского законодательства // Развитие гражданского законодательства: посткодификационный период: материалы Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 175-річчю Київ. нац. ун-ту ім. Т. Шевченка. Київ: Освіта, 2010. С. 12–14.

Одержано 12.04.2017

УДК 347.1

Микола Костянтинович Галантич,

заступник директора з наукової роботи

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

доктор юридичних наук, професор

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ У ЖИТЛОВІЙ СФЕРІ

Чинне житлове законодавство України будується на Основах законодавства СРСР та союзних республік. В свій час прийняття Основ житлового законодавства СРСР пояснювалось наступними причинами: соціальним значенням житлової проблеми, розширення житлового законодавства, необхідність співвідношення житлового законодавства СРСР та радянських республік. У зв'язку з цим постає питання щодо тлумачення та розуміння сутності житлового права в сучасних реаліях суспільного життя. На жаль, чинне житлове законодавство, і перш за все ЖК УРСР 1983 р. (далі – ЖК), так і система нормативних

актів прийнятих на його розвиток, не відповідають змінам, що відбулися в суспільстві, що вимагає нагального приведення його у відповідність із системою ринкової економіки. ЖК 1983 р. до нині визначає структуру та зміст житлового законодавства, регулює порядок і умови обліку громадян, що потребують поліпшення житлових умов, надання житла у будинках державного і громадського житлового фонду, встановлюють коло осіб, що відносяться до членів сім'ї, права і обов'язки в житловій сфері, порядок надання і користування житлом спеціального призначення тощо.

Для житлового законодавства в Україні характерна повна правова невизначеність, що ви являється у фрагментарності правового регулювання, наявності великої кількості відсилочних норм та норм, які втратили регулюючий вплив. Такий підхід у правовому регулюванні призводить до того, що в правозастосовчій діяльності для врегулювання правовідносин щодо житла застосовуються норми цивільного права, права соціального забезпечення, адміністративного права, а не безпосередньо норми ЖК. Припускають, що наслідком цього ЖК припинить своє існування, і буде заміщений нормами ЦК (інститутами договору комерційного найму житла, іншими правочинами з житлом, право власності та інші речові права на житло), правом соціального забезпечення (інститут житла соціального забезпечення) та адміністративного права (інститути реєстрації місця проживання, житлового будівництва та містобудування). До речі по цьому шляху пішли прибалтійські країни (Латвія, Естонія, Литва) та Грузія. Система діючих в Україні нормативно-правових актів є досить складною внаслідок змін та доповнень, які вносяться до чинних нормативно-правових актів приватно і публічно-правового спрямування.

Так, у випадку, коли житло знаходиться у приватній власності регулюються нормами ЦК України, а у випадку, коли житло знаходиться у державній або комунальній власності – ЖК України, Законом України «Про житловий фонд спеціального призначення» та іншими обслуговуючими нормативними актами. Наприклад ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» передбачає, що державній реєстрації прав підлягають речові права, похідні від права власності: право користування (сервітут); право довірчої власності; інші речові права відповідно до закону. У Державному реєстрі прав реєструються речові права та їх обтяження на житлові будинки, а також їх окремі частини, квартири, житлові та нежитлові приміщення.

Договори, що передбачають користування житлом за своєю правовою природою є цивільно-правовими, і відповідно відносини щодо користування житлом діляться лише в аспекті поіменованих ЦК України цивільно-правових договорів, а їх систематизація значною мірою носить загальний характер, побудований на системі Цивільного кодексу України.

Житло можна розглядати як об'єкт права власності. Підстави набуття права власності та інших речових прав на житло залежать від виду житлового фонду, до якого вони належать. Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України зокрема передбачено, що право власності на житловий будинок, квартиру, дачу, садовий будинок може бути підтверджено різного рівня документами: 1) договором купівлі-продажу, пожертви, довічного утримання (догляду), ренти, дарування, міни, спадковим договором; 2) свідоцтвом про придбання арештованого нерухомого майна з публічних торгів (аукціонів); свідоцтвом про придбання заставленого майна на аукціоні (публічних торгах); 3) свідоцтвом про право на спадщину; 4) свідоцтвом про право власності на частку в спільному майні подружжя; 5) договором про поділ спадкового майна; договором про припинення права на утримання за умови набуття права на нерухоме майно; договором про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно; договором про виділення частки в натурі (поділ); 6) іпотечним договором, договором про

задоволення вимог іпотекодержателя, якщо умовами таких договорів передбачено передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки; 7) рішенням суду; договором купівлі-продажу, зареєстрованим на біржі, укладеним відповідно до вимог законодавства, тощо. Кожен із зазначених договорів може мати свої особливості щодо умови володіння та користування, наприклад договір може укладатися як на всю квартиру, будинок, так і на його частки (у тому числі ідеальні).

Перелік договорів набуття права власності на житло не дозволяє в повній мірі створити уявлення про систему цивільно-правових договорів щодо набуття та припинення права власності на житло. Систематизацію цивільно-правових договорів можна провести в залежності від суб'єкта, кому належить право власності на житло: держава, органи місцевого самоврядування, територіальні громади, фізичні та юридичні особи.

Договори, що передбачають право користування житлом, можна поділити на групи залежно від їх мети, тому необхідно розрізняти договори комерційного найму, простого та соціального найму житла, що прямо впливає на коло прав та обов'язків суб'єкта, який задовольняє свою житлову потребу. Так, у випадках коли особа є власником житла можливе безпосереднє користування ним або залежне від волі власника право користування особами, які отримала його від власника в користування на різних підставах (в силу закону, договору, спадкоємства, рішення суду). В свою чергу суб'єкти, які безпосередньо користуються житлом поділяються на: суб'єктів зобов'язальних та речових житлових відносин; суб'єктів соціальних та приватних житлових відносин; суб'єктів абсолютних та відносних житлових прав; суб'єктів, які задовольняють власні потреби; членів сім'ї; інших осіб, що прямо впливає на коло їх прав та обов'язків тощо.

Іншу мету переслідують сторони при укладенні договорів про передачу житла у користування за Сімейним Кодексом України, який регулює майнові відносини між подружжям, визначаючи їхні майнові права і обов'язки. До таких договорів слід віднести: 1) щодо набуття права власності це договір про припинення права на утримання взамін набуття права власності на житловий будинок, квартиру чи інше нерухоме майно (договір за яким подружжя, а також: особи, шлюб між якими було розірвано, мають право укласти договір про припинення права на утримання взамін набуття права власності на житловий будинок, квартиру чи інше нерухоме майно; 2) щодо припинення права спільної власності це договір про поділ житлового будинку, квартири.

Користування житлом на праві спільної сумісної власності здійснюється співвласниками спільно за їх згодою, якщо договором між ними не встановлено іншого. Тому співвласники у спільній сумісній чи спільній частковій власності можуть домовитись про порядок володіння і користування житлом, а також мають право на надання їм у володіння і користування в натурі тієї частини спільного житла, яка відповідає частці у спільній частковій власності на житло (ч. 2–3 ст. 358 ЦК).

В житловому законодавстві до договорів, що встановлюють право користування житлом, мають бути встановлені особливості щодо договорів, що визначають: право користування житлом в порядку заповідального відказу (ст. 1238 ЦК України); право одержувача ренти на користування житлом (ст. 731 ЦК України); особливості права відчувача на користування житлом за договором довічного утримання (догляду), (ст. 744, 750 ЦК України); право довічного користування житлом у договорі дарування, встановленого на користь третьої особи (ст. 725 ЦК України), спадковий договір (ст. 1302–1308 ЦК України).

Правове регулювання має отримати речовий договір як складова житлового сервіту, оскільки відповідно до ст. 405 ЦК України власник житла має право визначити придатне для проживання житло або його частину, яке мають право займати члени його сім'ї та укласти договір про порядок користування житлом.

Висновок. Вважаємо, що проблема застосування норм цивільного законодавства може бути вирішена шляхом прийняття спеціального нормативного документа – ЖК України, який має враховувати особливості правового регулювання житлових правовідносин. В ньому мають бути зосереджені загальні цивільно-правові засади з особливостями, які не відзначені у ЦК України, в т. ч. зобов'язання, що виникають при будівництві житла, підстави переведення придатних для проживання жилих квартир у нежилі, правовий режим ЖБК та товариств співвласників багатоквартирного жилого будинку, особливості виникнення права власності та інших речових прав на житло; особливості цивільно-правової відповідальності власників і користувачів квартир (будинків), управління житловим фондом, правовий режим житлового фонду соціального призначення тощо.

Цивільне законодавство за своєю суттю не має регулювати правовідносини, наприклад, щодо надання та користування соціальним житлом. Тому тільки ЖК України може зняти суперечності, що виникають, містити норми навіть із елементами окремих норм публічно-правового характеру. При цьому кожна норма матиме свою майнову, зобов'язальну специфіку, характерну саме для житлової сфери. Такий висновок можна зробити навіть виходячи з ЦК, який не виокремлює житлові відносини як окремий вид суспільних відносин, не передбачає заходів щодо якомога ширшого забезпечення захисту прав і законних інтересів громадян на житло, а передбачає регулювання речових та зобов'язальних відносин, що склалися. Однак відносини, які склалися в житловій сфері, виходять за межі тільки цивільно-правового регулювання.

Подальше вдосконалення цивільного законодавства у житловій сфері має бути спрямоване на забезпечення суб'єктам житлового права ширших гарантій в захисті своїх житлових прав, особливо у випадку виселення. Це стосується, перш за все, дотримання прав не-власників, житлові права яких порушуються власником (інших заінтересованих осіб, якими можуть бути діти, батьки, треті особи, які тимчасово проживають, не мають, але потребують житла, тобто мають майновий та особистий немайновий інтерес).

Також потребує вирішення проблема втрати права користування житлом. За цивільним законодавством власник житла з тих чи інших причин, відповідно до закону або навіть в порушення закону може відмовитися від свого майнового права. Постає питання чи може відмовитися особа від житла, яке є її єдиним прихистком, без забезпечення іншим житлом. При цьому ця особа позбавляється належного їй майнового та немайнового права; така відмова тягне за собою наслідки не тільки для власника, а й для членів його сім'ї, нащадків. У випадках громадянину, який відмовляється від права власності, якщо він не має іншого житла, необхідно одночасно надавати інше житло із вказівкою нового місця проживання. При цьому суд має не тільки незалежно брати участь у регулюванні житлових спорів, а й прямо визначати механізм забезпечення громадян житлом.

Вирішення практичних питань, пов'язаних із неузгодженостями між нормами цивільного, сімейного, житлового законодавства в частині правового регулювання прав користування житлом суб'єктами житлових відносин, можуть бути усунені шляхом прийняття узгодженого з відповідними положеннями ЦК України, СК України нового ЖК України, який має визначати особливості здійснення права користування житлом. Наприклад, у Житловому кодексі окремо від ЦК мають бути спеціально визначені: права та обов'язки власника жилого приміщення; права та обов'язки громадян, які проживають спільно із власником у належному йому жилому приміщенні; користування жилим приміщенням, що надається за речовим договором, а також виселення громадян які порушують правила користування житлом.

Одержано 18.04.2017

Руслан Олексійович Стефанчук,

проректор з наукової роботи вищої школи адвокатури

Національної асоціації адвокатів України,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

доктор юридичних наук, професор

ВИХІДНІ ДОКТРИНАЛЬНІ ЗАСАДИ ЩОДО ФОРМУВАННЯ НЕМАЙНОВОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

1. Відправна точка

Сучасний розвиток суспільних відносин в Україні вимагає серйозного переосмислення ролі та значення права у суспільному житті. Адже слід визнати, що право вже давно не справляється із тією функцією регулятора та охоронця суспільних відносин. І причин цьому багато від низького рівня правової свідомості, обізнаності та культури в цілому, і до того, що сьогоднішній правовий механізм виявився багато в чому не придатним для вирішення нових викликів, які ставляться перед ним. Деталі цього механізму вже давно не відіграють роль зіграного оркестру, напрям його руху викликає у нас сумнів, однак ми всі, замість зупинитись та розібратись у деталях, намагаємось штовхати цей нагромаджений механізм з усіх сил за звичкою. І перший закид, який слід зробити в цій сфері – це нам науковцям, які до цих пір не спромоглись за 24 роки незалежності України комплексно та системно переосмислити вихідні засади, пріоритетів, концептів та інших складових методологічного осмислення теорії правової системи в Україні. Ми не провели основного – національної дискусії про систему вітчизняного права, прислуговуючись при цьому переважно напрацюваннями радянської правової думки, яка доволі часто сьогодні просто не спрацьовує. Адже мабуть наївно заперечувати, що, наприклад, право інтелектуальної власності часів Іогана Гутенберга суттєво відрізняється від права інтелектуальної власності часів Стіва Джобса. І що правовий режим права приватної власності, який зароджувався в часи розкріпачення має дуже мало спільного із конструкціями права власності періоду корпоративних та інших майнових прав. І те, що договірний товарооборот радянського періоду жодним чином не може співвідноситись із товарообігом, за яким ми можемо замовити будь-яку річ через у будь-якій точці світу та розрахуватись при цьому одним кліком «миші» біткоїнами. Існуюча система права на сьогодні не відповідає вимогам сучасності.

2. Проблема системи цивільного права

Відсутність загального підходу щодо трансформації правової матерії на сьогодні однаково справедливий для усіх галузей права. Та і сам галузевий підхід, який нами за традиціями використовується для структуризації національної правової системи, на сьогодні не витримує критики. У нас постійно з'являються нові галузі, підгалузі, інститути, переважна більшість правових матеріалів претендують на свою інституційну самостійність, створюється все більше «комплексних галузей права», правових конструкцій *sui generis* та інших складових колись єдиної правової матерії, які розшаркують єдність та структурованість правової системи в Україні і змушують нас замислюватись над новими критеріями формування правової єдності. Той класичний приклад професора О. С. Іоффе про «банно-пральне» та «тролейбусно-трамвайне» право, який наводив жах на науковців радянського періоду, на сьогодні практично втілюється в життя. Ускладнення правових конструкцій,

відсутність єдиного термінологічного ряду (глосарію), створює накопичення правових невизначеностей. Так на фоні класичної пандектної системи приватного права до його лона вноситься низка інститутів, які просто не притаманні (чи умовно не притаманні) континентальній правовій системі, зокрема, в частині довірчої власності, окремих видів способів забезпечення зобов'язань тощо.

Усе це ставить перед нами питання, чи може цивільне право зберегтись у тій класичній структурі, яким ми його знали до сьогодні? Чи реально система цивільного права буде на майбутнє носити характер класичної системи континентального пандектного типу, що включає в себе загальні положення та подальшу сегментацію за певними особливостями на підгалузі та інститути? І які виклики на сьогодні ставить перед приватним правом світова та європейська глобалізація.

3. Передумови створення цивільного немайнового права

Сучасний стан пріоритезації людини та її внутрішніх (духовних) благ (цінностей) призвів до того, що Цивільний кодекс України вперше, з-поміж інших кодифікованих актів країн світу, увів до структури предмета цивільного правового регулювання та охорони на рівних (чи навіть першочергових) засадах особисті немайнові правовідносини. Враховуючи це законодавець, безумовно, здійснив надзвичайно важливий крок у новому осмисленні ролі та призначенні самого цивільного права, «олюднивши» його та піднявши в ієрархії фактично до основного нормативно-правового акта, яким визначається правовий статус основного учасника правових відносин – людини (фізичної особи).

Таким чином, можливо само того не бажаючи, ЦК України перетворився у так звану «нормативно-закріплену теорію держави і права» в частині позитивного визначення загального та приватноправового статусу людини. Хоча інколи висловлюється думка, що таке «перетягування ковдри» від конституціоналістів є не виправданим та таким, що не відповідає загальним явленням щодо галузевого розподілу. Однак на мою думку, враховуючи розглянуту вище невизначеність, шлях, яким сьогодні йде Україна, є доволі виваженим, адже саме цивільно-правовий механізм є найбільш наближеним до того, щоб у повному обсязі увібрати у себе вказану правову матерію, що була б спрямована на унормування цієї сфери суспільних відносин, які спрямовані на устатуннення правового виміру людини у сфері приватного права, визначення її основних прав та обов'язків як учасника цивільних правовідносин та формування нового підходу до її місця і значення у системі правових координат.

Водночас, бурхливий розвиток науки цивільного права в сфері особистих немайнових прав подекуди виходить за межі традиційних уявлень, що закладались у цей інститут. Починаються дослідження комерційної складової цих прав, поширення їх на інших учасників цивільних правовідносин, розширення сфери розуміння та застосування цих прав, формулювання суміжних правових категорій та конструкцій. Усе це дає підстави стверджувати, що в найближчий час ми виявимося на порозі формування нової правової матерії – **цивільного немайнового права**, яка повністю може мати свої початкове існування у лоні материнської галузі, бути дихотомічною протиположністю традиційній майновій сфері цивільно-правового регулювання та охорони.

Видається, що **система** цієї правової сукупності повинна включати у себе цілу низку основних положень, які формують а) *правовстановлюючі аспекти вчення про суб'єктів (учасників) цивільних правовідносин*, б) *нематеріальні блага*, в) *немайнові права* (при чому, як особисті, так і ті, що не мають безпосереднього особистого характеру, а спрямовані на устатуннення та організацію цивільних правовідносин), г) *особливості їх статички та динаміки, захисту та охорони* тощо. З огляду на все вказане вище, думаю, що саме

наукова думка України на сьогодні здатна генерувати та запропонувати усьому світу **нову модель приватно-правового розуміння цивільного права**, що реально спрямована на визначення тих статутних немайнових відносин, які переважно розумілись «за умовчанням», оскільки не породжували правового (переважно майнового) інтересу, але без наукового юридичного осмислення яких навряд чи можна добитись єдності та порядку в оформленні усіх інших правових відносин.

Одержано 28.04.2017

УДК 347.2/3

Святослав Олександрович Сліпченко,

професор кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, професор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8891-7152>

БЕЗГОТІВКОВІ ГРОШІ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

В теорії цивільного права точиться давня дискусія щодо правової природи безготівкових грошей, і до цього часу вчені не дійшли однозначної думки. Існують дві протилежні точки зору. Одна полягає в тому, що це не що інше, як право вимоги, адресоване до банку. Представники іншої обґрунтовують існування речового права власності на безготівкові грошові кошти, що належить клієнту (особі, на ім'я якої відкрито рахунок).

Вбачається, що першим кроком на шляху до завершення існуючої дискусії є визначення поняття безготівкових грошей як об'єкта цивільних прав.

1. Для досягнення поставленої мети застосуємо правила мовного тлумачення, з якого, як загальновизнано в юридичній літературі, необхідно розпочинати дослідження змісту будь-якого поняття. Такий підхід не потребує доказів, оскільки мислення і мова нерозривні.

У загальному вигляді ці правила можна сформулювати таким чином: якщо в законі чи праві не визначено тим чи іншим способом значення термінів, використаних у законі, їм надається те значення, яке вони мають у спеціальній галузі знань чи повсякденній літературній мові.

Законодавство України не дає прямого легального визначення безготівкових грошей. Воно розкривається фінансистами та економістами, які найчастіше розуміють під ними фінанси, розташовані на банківських рахунках, закріплених за фізичними або юридичними особами [1]. Це гроші, які банківська система переводить з готівкових у безготівкові або навпаки [2].

Наведені поняття хоч і формують лише загальне уявлення про безготівкові гроші, але дозволяють виокремити їх певні ознаки. По-перше, поруч з готівкою, це один із видів грошей (фінансів). По-друге, вони здатні вільно трансформуватися у готівкові гроші і навпаки. По-третє, вказана трансформація відбувається лише за допомогою банківської системи. По-четверте, безготівкові гроші розташовуються, закріплюються на банківських рахунках, відкритих на ім'я фізичних або юридичних осіб.

2. Застосовування системного методу тлумачення дозволяє звузити уявлення про безготівкові гроші. Так, на підставі аналізу законодавства України можна дійти висновку, що поняття безготівкових грошей розкривається через поняття грошей, а останнє – через

поняття «кошти». Під останнім, відповідно до абз. 25 ч. 5 ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [3], необхідно розуміти гроші у національній або іноземній валюті чи їх еквівалент. Отже, кошти – це або гроші, або еквівалент грошей. Наведене дозволяє сформулювати поняття грошових коштів, яке часто використовується законодавцем і є родовим по відношенню до безготівкових грошових коштів. Так, якщо кошти – це або гроші, або еквівалент грошей (не гроші), то справедливим є твердження, що грошові кошти – це лише гроші, а еквівалент грошей необхідно розуміти, як еквівалентно-грошові кошти. Підтвердження зробленого висновку знаходимо й у ст. 192, ст. 1046 ЦК України, де терміни «гроші» та «грошові кошти» використані як тотожні.

Зважаючи на те, що кошти, відповідно до ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» [4], можуть існувати або у готівковій, або у безготівковій формах, то і грошовим коштам (грошам) ці форми характерні. Причому безготівкові гроші, відповідно до наведеної норми, існують у вигляді записів на рахунках у банківських установах.

Таким чином, безготівкові – це гроші (грошові кошти), які існують у вигляді записів на рахунках у банках. Наведене поняття дозволяє визначити їх місце в системі об'єктів цивільного права. Вони, разом із готівковими грошима, які існують у вигляді банкнот і монет, входять до такого родового поняття, як грошові кошти (гроші).

Але подібне поняття все ще потребує уточнення, адже зрозуміло, що не самі по собі записи на рахунках є грошима. За своєю суттю банківський рахунок є методом (інструментом) обліку руху грошових коштів клієнта і способом контролю виконання перед ним зі сторони банку своїх договірних зобов'язань [5]. Це бухгалтерський документ, облікова одиниця, яка використовується банками з метою врахування права грошової вимоги клієнта до банку, що виникають з договору банківського рахунку, а також для обліку виконання банківських операцій, здійснюваних відповідно до виду банківського рахунку [6]. Отже, банківський рахунок – це метод (інструмент) обліку, спосіб контролю, бухгалтерський документ, облікова одиниця, а записи на таких рахунках являють собою лише елемент обліку чи контролю, спосіб фіксації. Очевидно, що гроші – це те, що обліковується на рахунку, а не сам запис. Даний висновок підтверджується і результатами мовного тлумачення, наведеними вище.

3. Дослідження змісту ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» дає можливість дійти висновку, що вирази «готівкова форма» та «безготівкова форма» використані у ній законодавцем для позначення двох альтернативних форм існування грошей. Принаймні, на це вказує розділовий сполучник «або», який поєднує такі два однорідні члени речення, як «готівковій» і «безготівковій». Подібного висновку доходимо, звертаючись і до правил застосування «або» в логіці. Для останньої «або» – це мовний вираз логічної операції, що виражає альтернативність категорій (понять, явищ). Такі поняття називаються суперечливими (контрадикторними) і являють собою дихотомічну пару. Інакше кажучи, законодавець поділив усі форми існування грошей на дві взаємовиключні групи. Вони можуть бути або готівкові, або безготівкові.

Застосовуючи до понять «готівкові гроші» та «безготівкові гроші» правила дихотомії, доходимо висновку, що якщо готівкові гроші традиційно визнаються речами [7, с. 290], то безготівкові гроші – це не речі. Наведений умовивід може бути додатково підтверджений наступним чином.

3.1. Готівкові грошові кошти, які існують у вигляді банкнот і монет, дійсно мають всі ознаки речей. Вони є предметами зовнішнього по відношенню до людини матеріального світу, здатні задовольняти потреби суб'єктів, доступні до володіння. Як речі, вони здебільшого характеризуються родовими ознаками та є заміnnими. Таке їх розуміння є не

тільки теоретичним, а відображено й у законодавстві України. Так, у ст. 1046 ЦК України вирази «грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками», «передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками» вказують на те, що у наведеній нормі грошові кошти (гроші) віднесені до речей, визначених родовими ознаками. Той факт, що гроші розглядаються як різновид речей, свідчить, що мова йде про готівкові гроші. Подібний підхід міститься і в ч. 1 ст. 1057 ЦК України.

3.2. При передачі речей, визначених родовими ознаками, до яких зазвичай належать готівкові гроші, до набувача переходить і право власності на них. Такий підхід є не тільки загальноновизнаним у теорії цивільного права, а й відображений у чинному законодавстві України. Так, у ст. 1046 ЦК України вирази «передає у власність другій стороні», «повернути ... таку ж суму грошових коштів», вказують на перехід до набувача права власності на передані йому готівкові гроші. Подібний підхід міститься і в ч. 1 ст. 1057, ст. 1058 ЦК України та відображений у судовій практиці [8].

Отже, при передачі банку готівкових грошей до нього переходить і право власності на ці речі.

3.3. Виникнення в отримувача готівкових грошей права власності на них одночасно припиняє таке право у особи, яка їх передала. Разом з тим, якщо передача не була пов'язана з договором дарування (пожертви), то у клієнта в результаті такого відчуження виникає майнове право вимоги. Так, відповідно до законодавства України, за договорами банківського рахунку або банківського вкладу (депозиту) у клієнта виникає право вимагати від банку: приймати, зараховувати, виконувати розпорядження про перерахування і видачу відповідних сум, проведення інших операцій за рахунком, виплачувати проценти тощо. Цьому праву майнової вимоги кореспондують відповідні обов'язки банку. Висловлюючись мовою економістів (фінансистів), у обох сторін баланс не змінюється. У однієї особи припиняється право власності на передані нею готівкові кошти (пасив), але виникає право вимоги (актив). У іншій особі виникає право власності на отримані гроші (актив), але виникає обов'язок, борг (пасив).

Зважаючи на те, що банківський рахунок – це метод (інструмент) обліку, спосіб контролю, бухгалтерський документ, про що зазначалося вже вище, то записи на таких рахунках є фіксацією зміни правових вимог (активу) та відповідних їм обов'язків (пасиву) у відносинах між банком і клієнтом. Власне кажучи, правові вимоги клієнта та кореспондуючі правам обов'язки банку і є безготівковими грошима, які фіксуються, обліковуються у вигляді записів на рахунках у банках. А точніше, фіксується вартість таких вимог клієнта і обов'язків банку.

Зроблений висновок відповідає результатам тлумачення терміну «безготівкові гроші», що наведено вище. Зокрема, ним позначаються об'єкти цивільних прав, які, поруч з готівкою, є одним із видів грошей. Вони здатні вільно трансформуватися у готівкові гроші і навпаки. Така трансформація відбувається за допомогою банківської системи, а тому банки її закріплюють, фіксують шляхом записів на банківських рахунках, відкритих на ім'я клієнтів. Безготівкові гроші не є речами, на відміну від готівкових, які визнаються речами.

Таким чином, безготівкові гроші (грошові кошти) – це правові вимоги клієнта та кореспондуючі правам обов'язки банку, які фіксуються та обліковуються шляхом записів на рахунках у банках.

Список бібліографічних посилань:

1. Безготівкові гроші – це що таке, і як вони працюють? // Все про все: сайт. URL: <http://hair2014.ru/bezgotivkovi-groshi-tse-shho-take-i-yak-vony-pratsyuyut/>.

2. Безналичные деньги // Банк справка: сайт. URL: <http://bankspravka.ru/bankovskiy-slovar/beznalichnyie-dengi.html>.

3. Про банки і банківську діяльність: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 5–6. Ст. 30.
4. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 29. Ст. 137.
5. Банковский счет: определение, структура и виды // Счета-в-банке: сайт. URL: <http://schetavbanke.com/schet-v-banke/informaciya/bankovskij-schet.html>.
6. Банковский счет // Discovered: деньги, банки, страхование, экономика и бизнес: сайт. URL: <http://discovered.com.ua/glossary/bankovskij-schet/>.
7. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав: монография/ И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Крат, О. П. Печеный и др.; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2015. 720 с.
8. Постанова Судових палат у цивільних та господарських справах Верховного Суду України від 06.04.2016 // Верховний Суд України: офіц. веб-сайт. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/395E8278AA315356C2257F8F00431B6B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/395E8278AA315356C2257F8F00431B6B).

Одержано 03.05.2017

УДК 347.132.6

Олег Анатольевич Халабуденко,

доцент кафедри частного права

Международного свободного университета Молдовы (ULIM),

доктор права, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6727-6683>

СОГЛАШЕНИЕ О ПЕРЕДАЧЕ ПРАВА КАК РАСПОРЯДИТЕЛЬНЫЙ АКТ В МОДЕЛЬНЫХ ПРАВИЛАХ ЕВРОПЕЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА DCFR

Развитие современного Европейского частного права движется по направлению к новому *ius commune*, позволяющему преодолеть узость национальных кодификаций (или общего права), некогда гарантировавших закрытость и стабильность национальных правовых порядков. Однако существует область права, в которой европейские системы частного права характеризуются существенными различиями, это – область переноса права собственности на вещи. Ответ на вопрос о том, что обуславливает и чем определяется момент переноса права собственности, позволяет уяснить принципиальные различия в построении частноправового материала национальных правовых систем.

Последовательное разделение обязательственных и вещных прав, исходя из особенностей защиты соответствующих правовых ситуаций, привело некогда римскую юриспруденцию к выводу о том, что, с одной стороны, «право собственности (правовое господство) устанавливается не простым (голым) соглашением, а передачей вещи и приобретательной давностью» (С. 2, 3,20), а с другой – что «голая передача вещи не обеспечивает переход права собственности без достаточного правового основания» (Paul. D. 41,1,31). Таким образом, римское право признало необходимым реквизитом приобретения права собственности (*dominium*) основывающуюся на должном правовом основании передаче вещи во владение. При этом отметим, что римское право не знало правопреемства по сделкам *inter vivos*: вещное право прекращалось у традента после передачи вещи и возникало у приобретателя по давности владения при наличии должного

iusta causa (в частности, *emptio, donatio, solutio et cet*). Если вещь относилась к *mancipi*, а обряд манципации не был соблюден, правовой интерес приобретателя, основанный на добросовестном владении (*bonorum possessionis*), защищался от притязаний отчуждателя иском, аналогичным виндикационному – *actio Publiciana*, а в отношении третьих лиц – владельческими интердиктами. Для иных вещей сама их передача во владение приобретателя – *traditio* – определяла момент перехода права собственности по *usucapio*. Эта модель приобретения права получила название «традиция».

К позднему римскому праву относится также возникновение длящейся по сей день дискуссии о значении заблуждения (*ignoratio iuris*) в определении природы соглашения, с которым каузально связывалась передача вещи, а следовательно, и вещно-правовое господство приобретателя. Один из поздних римских юристов Юлиан признал, что ошибка в юридической природе соглашения, лежащего в основании передачи, не влияет на возникновение права в отношении вещи, переданной на основе действительного соглашения. Он утверждал, что для приобретения права собственности не важно, имеется ли в виду заем или дарение, важно, чтобы вещь была передана (D. 41,1,36). В свою очередь, римский юрист Ульпиан настаивал, что отсутствие согласия о правовом основании для передачи вещи исключает переход права собственности от одного лица к другому (D. 12,1,18). Таким образом, спор велся о достаточном правовом основании (*iusta causa*) для приобретения права собственности посредством передачи вещи (*causa traditionis*). Обратим внимание, что в позиции римских юристов отсутствует и намек на то, что право собственности может перейти абстрактно, лишь посредством передачи вещи во владение. Вопрос о судьбе самого обязательственного соглашения, совершенного под влиянием *error iuris*, и в настоящее время остается открытым: по мнению одних исследователей, «заблуждение относительно юридической природы сделки является единственным случаем, когда имеет значение заблуждение в правовых категориях» [1, с. 311], другие же считают, что «заблуждение в природе сделки <...> не должно оказывать влияния на юридическую релевантность допущенной ошибки» [2, с. 125].

В Новое время под воздействием политико-правовых императивов эпохи, выразившихся в двух, конкурирующих в своих предельных функциях принципах: свободы договора, с одной стороны, признания и всемерной защиты абсолютного права собственности – с другой, на основе переосмысления римской догмы, правовыми порядками континентальной Европы были выработаны три возможные системы передачи прав на движимые вещи: **каузальная система соглашения, система каузальной передачи и система абстрактной передачи**. При этом с одной стороны просматривается известное противопоставление каузальной системы и системы абстрактной, а с другой – разграничение системы передачи и системы соглашения [3, с.229]. Принципы, на которых основываются названные системы, служат отправным началом для различных правовых подходов, обеспечивающих защиту приобретателя, которому вещь была передана *a non domino*.

Опыт системы каузальной традиции, с одной стороны, и системы консенсуального соглашения – с другой, был учтен при разработке правил о переносе права собственности, основанном на праве или полномочии переносящего, закрепленных в *DCFR*. Для переноса права собственности, согласно ст. VIII.-2:101 *DCFR*, необходимо: во-первых, наличие самой вещи – предмета права собственности; во-вторых, признание такой вещи находящейся в обороте; в-третьих, обладание традентом правом или полномочием на перенос права собственности; в-четвертых, наличие у реципиента права требовать передачи вещи, основывающегося на договоре, ином юридическом или судебном акте, либо норме права; в-пятых, исполнение условий действительного соглашения о моменте

перехода права собственности, а при отсутствии такого соглашения – передача или эквивалент передачи вещи.

Таким образом, анализ положений *DCFR* демонстрирует определенное расхождение с принятой в *ius romanum commune* теорией согласованности между *titulus et modus acquirendi*, «исключающей необходимость того, чтобы за соглашением, выраженным в договоре купли-продажи (титолом приобретения), следовало соглашение с вещно-правовым эффектом» [4, с. 135]. По смыслу пункта е) ч. (1) ст. VIII.-2:101 *DCFR* наличие соглашения о моменте перехода права собственности и его исполнение – необходимо. Следовательно, условия о моменте перехода права собственности, даже будучи включенными в положения обязательственного договора, сохраняют автономный юридический характер, присущий распорядительному акту, направленному на перенос права. В отсутствие такого соглашения у управомоченного, если вещь не передана ему или не совершен эквивалент ее передачи, имеется лишь право требовать передачи вещи или возмещения компенсаторных убытков.

Цель распорядительного акта – выведение субъективного имущественного права из состава имущества лица, ее совершившего, либо обременение имущества одного лица имущественным правом, принадлежащим другому лицу, а его юридическое значение состоит в возможности защитить права отчуждающего правообладателя преимущественно перед третьими лицами, эффективно оспорив действительность соглашения о передаче или сами действия по передаче вещи. Другими словами, охранительная функция распорядительного акта состоит в защите лица, обременяющего или отчуждающего свое право.

Действия по передаче вещи признаются находящимися в связи с наличием у реципиента правомочия, возникшего из договора или иного юридического акта, судебного акта либо нормы права. Объектом распорядительного акта служит распорядительное право (правомочие), лицо, его совершающее, в определенных случаях может не совпадать с носителем самого субъективного права. Распорядительное право носит акцессорный характер по отношению к основному субъективному праву: действительность распорядительного права определяется действительностью самого субъективного права, однако недействительность распорядительного права не колеблет действительности самого субъективного права.

Положение ст. VIII.-2:103 *DCFR* предусматривает, что изначальная ничтожность акта исключает действительность факта переноса права собственности. Если же после состоявшегося переноса права собственности лежащий в его основании договор или иной юридический акт признается недействительным в результате оспаривания, считается, что право собственности никогда не переходило к приобретателю (ретроактивный вещный эффект). В случае ничтожности или признания оспоримого акта недействительным, отчуждатель вправе, доказав свое право собственности, истребовать вещь из чужого незаконного владения. В соответствии с ч. (1) ст. VIII.-6:102 *DCFR*, если вещи были переданы на основании договора или иного юридического акта, который ничтожен или признан недействительным в результате оспаривания, отчуждатель имеет право на возврат вещей по правилам о виндикации, применимой с целью восстановления физического контроля над вещами. Таким образом, генеральная норма о защите права собственности посредством виндикации, согласно которой собственник вправе получить или истребовать обратно владение вещами от любого лица, осуществляющего физический контроль над ними (ч. (1) ст. VIII.-6:101 *DCFR*), в случае ничтожности или оспоримости юридического акта, применяется непосредственно.

Отчуждатель, не являющийся собственником или не смогший доказать свое право собственности, вправе заявить приобретателю притязание из неосновательного обогащения. Связано это с тем, что, если договор или иной юридический акт, судебное распоряжение или норма права ничтожны или оспорены либо иным образом утратили силу с обратным действием, обогатившийся не имеет право на получение обогащения (ч. (2) ст. VII.-2:101 *DCFR*). Таким образом, в указанных ситуациях вопрос о праве каждой стороны на получение денежной компенсации или возврат переданного или полученного по оспоренному договору решается, согласно ч. (2) ст. II.-7:212 *DCFR*, по правилам о неосновательном обогащении.

Сохранение за отчуждателем права на виндикацию свидетельствует о том, что разработчики *DCFR* отошли от позиции отцов-основателей системы абстрактной передачи, где для защиты интересов лица, потерпевшего вследствие совершения недействительного обязательственного договора, в качестве «коррекции» принципа абстракции было предложено применение правил о неосновательном обогащении.

С другой стороны, иск из неосновательного обогащения как способ защиты заинтересованного лица, чье право было нарушено вследствие недействительности распорядительного акта, дает потерпевшему ряд преимуществ по сравнению с вещно-правовой защитой. Во-первых, сама недействительность сделки служит презумпцией права на возврат неосновательного обогащения, поэтому по такому иску лицо, утратившее владение вещью, не обязано доказывать свое право собственности на нее, достаточно лишь доказательства отсутствия права на получение обогащения у лица, получившего вещь. Во-вторых, притязание, вытекающее из неосновательного обогащения, направлено на возврат имущества, сохранившегося в натуре, а при невозможности такого возврата, неосновательно обогатившийся обязан возместить обогащение посредством выплаты его денежной стоимости потерпевшему.

Автономная квалификация действий, направленных на перенос вещного права, исключает возможность истребовать вещь, безосновательно оказавшуюся у другого лица вследствие совершения недействительного распорядительного акта, неправомочным на то лицом. Другими словами, притязания, вытекающие из эффективно оспоренного распорядительного акта, могут быть заявлены только правомочным на то лицом.

Наличие соглашения о переносе права собственности по общему правилу исключает необходимость фактической передачи владения вещью. При этом момент, в который переходит право собственности, может быть определен соглашением сторон, за исключением случаев, когда согласно национальному праву для приобретения права собственности требуется регистрация (ст. VIII.-2:103 *DCFR*). Однако при отсутствии соглашения право собственности может быть осуществлено посредством передачи вещи или совершения эквивалентных такой передаче действий, в частности: *traditio symbolica*, *traditio brevi manu*, *constitutum possessorium*. По правилам ст. VIII.-2:104 *DCFR* передача вещей имеет место, если переносящий право отказывается от владения, а тот, на кого переносится право, получает вещи во владение, под которым, в соответствии с ч. (1) ст. VII.-2:205 *DCFR*, понимается наличие прямого или опосредованного физического контроля над этими вещами.

В *DCFR* передача вещи не имеет абстрактного характера, так как в ее основе лежит определенный юридический акт или норма права. Передача вещи носит волевой характер, основой которого служит намерение лица передать вместе с вещью вещное право на нее. Передача вещи направлена на передачу имущественного права посредством установления владения. Передача вещи носит обязательный характер, поскольку лицо, наделенное правом требования, может притязать на передачу вещи, однако такое

лицо не приобретает вещного права до момента передачи вещи. Передача опосредует переход права от одного лица к другому лицу, определяя момент перехода права и выступая необходимым условием такого перехода. Передача вещи конституирует вещное право в договорах, которые предусматривают, что возникновение прав определяется моментом передачи вещи. Таким образом, передачу вещи, совершаемую по правилам DCFR, следует определить как основанное на действительном акте юридически значимое распорядительное действие, влекущее перенос права собственности.

Список библиографических ссылок:

1. Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. М.: Бератор-Пресс, 2003. 576 с.
2. Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 2011. 198 с.
3. Ван Влиет Л. П. У. Сравнительно-правовые аспекты перехода прав на движимые вещи: классификация систем перехода прав // Ежегодник сравнительного права. М.: Статут, 2011. 327 с.
4. Ваке А. Приобретение права собственности покупателем в силу простого соглашения или лишь вследствие передачи вещи? // Цивилистические исследования: сб. науч. тр. памяти проф. И. Н. Федорова. М.: Статут, 2004. С. 133–147.

Одержано 26.04.2017

УДК 347.1

Юрий Михайлович Жорнокуй,

заведующий кафедрой гражданского права и процесса факультета № 6

Харьковского национального университета внутренних дел,

доктор юридических наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9669-6062>

**ВКЛАД АЛЕКСАНДРА АНАТОЛЬЕВИЧА ПУШКИНА
В СТАНОВЛЕНИЕ УЧЕНИЯ О ЮРИДИЧЕСКОМ ЛИЦЕ
И ЕГО СОВРЕМЕННОМ ТОЛКОВАНИИ**

Исследование проблем гражданского права – значительная часть юридической науки, охватывающая все сферы человеческой жизни, общественного и государственного устройства. С первого вдоха и до последнего выдоха человек, на протяжении всей своей жизни, связан с правом – правом гражданским. Именно оно является тем стержнем, который можно поставить в основу правовой мысли. Одна из «ведущих скрипок» в процессе научного обоснования необходимости включения в качестве общеобязательных норм, правил поведения вызываемых к жизни развивающимися общественными связями отведена ученым, стоящим у истоков изучения правовой природы тех либо иных явлений социальной среды. К числу ведущих цивилистов периода существования СССР и становления правовой мысли в Украине можно с уверенностью отнести Александра Анатольевича Пушкина – одного из ярчайших представителей харьковской цивилистической школы.

Являясь представителем классической школы гражданского права, А. А. Пушкин уделял внимание исследованию проблем субъектов гражданского права как основополагающих цивилистических понятий, – одной из которых следует признать институт юридического лица. Сделаем попытку на примере понятия правовой природы и отдельных

характеристик этого института, предложенных Александром Анатольевичем, показать понимание ним сущности этого правового феномена, что и в наше время не утратило своей актуальности.

О понятии субъекта гражданского права как «юридического лица». Юридическое лицо в правовом понимании – это правовое лицо, лицо в праве или то же самое – субъект права (правоотношения). В этом смысле, конечно, и граждане, и организации являются юридическими лицами в любых правоотношениях, поскольку, участвуя в них, они действуют как субъекты права. Следовательно, умозаключает А. А. Пушкин, употребляемый термин «юридическое лицо» не однозначен по своему содержанию термину «субъект права» и представляет собой либо технический прием обозначения определенных субъектов в гражданских правоотношениях, либо отражает собой какое-то особое качество этих субъектов права [1, с. 172–173].

Организации являются такими же реальными субъектами гражданских правоотношений, как и люди. Вместе с тем для науки гражданского права является бесспорным положение, что субъектами права люди являются не в силу своего физически-естественного состояния, а организации – только потому, что они – организации [1, с. 180]. Последние по сути своей всегда представляют общественные (социальные) явления. Они не имеют никакого иного качества, которое бы не носило общественного характера, поскольку со всех точек зрения являются общественными существами. Следовательно, основанием признания правосубъектности и за гражданами и за организациями является одно и то же их качество, – возможность быть участниками общественных отношений. Вместе с тем организации являются реальными существами, хотя их общественное качество и не имеет своего материального (в смысле чувственного) воплощения, между тем как общественное качество человека (индивидуума) всегда предполагает его физическое существование [1, с. 181–182].

Общественная сущность индивидуума приводится в действие его психологической волей. Но точно так же и общественная сущность юридического лица приводится в действие психологической волей людей, обеспечивающих его деятельность. То есть, и люди, и организации являются субъектами правоотношений постольку, поскольку они представляют собой социальные, а не физические реальности и поскольку правопорядок в данном государстве считается с этим качеством [1, с. 182; 2, с. 114].

Как следствие в учениях А. А. Пушкина категория «юридическое лицо» толкуется очень широко. Ученый обращает внимание, что исключительно с правовой точки зрения юридические лица – это граждане и организации [1, с. 204, 218–222]. Поскольку и первые, и вторые, как юридические лица, представляют собой лишь носителей определенных общественных отношений, то для гражданского права они важны именно как олицетворения (маски) этих отношений. Субъект в гражданском праве (независимо от того, будет ли это гражданин или организация), по мнению цивилиста, в зависимости от характера отношения, участником которого он является, двоятся, тройтся и т. д. на личности, т. е. он выступает в виде того или иного лица. Поэтому и наиболее *практическое значение для гражданского права имеет не просто понятие субъекта, а понятие субъекта, выраженное в определенном лице.*

О толковании юридического лица как организации. А. А. Пушкин в целом поддерживал теорию «реальности юридического лица». Некоторые его размышления на эту тематику являются актуальными в наше время. Так, по мнению ученого, организации – это особые, вполне самостоятельные, имеющие свое собственное бытие и не растворяемые в отдельных личностях субъекты права – юридические лица. Они – отличные от

граждан субъекты гражданских правоотношений. Однако правоотношения, которые складываются между организациями или между организациями и отдельными гражданами, также являются общественными, поскольку участвующие в них организации действуют по воле людей, в их интересах и отражают собой деятельность людей. Кроме того и само существование организации немислимо вне человеческого общения, вне общества [1, с. 171–172].

Юридическое лицо, по мнению ученого, – это организация. Поэтому ответ на вопрос, что собой, как социальная реальность, представляет организация, будет одновременно ответом и на вопрос, что собой, как социальная реальность, будет представлять юридическое лицо [1, с. 199–200].

Организация – это всегда есть форма субъективизации воли и интересов определенного коллектива людей, обладающая одновременно известной самостоятельностью и независимостью от коллектива этих людей. Вместе с тем осуществление целей и задач, и иное существование организации также обеспечивается определенным коллективом людей, которые образует ее личный состав, но который, однако, может и не стоять за организацией¹. Как следствие, юридическое лицо – это не просто социальная реальность, за которой якобы никто не стоит и которая якобы в связи с этим ничьих, кроме своих, интересов не выражает. Напротив, юридическое лицо есть социальная реальность, субъект права, в котором объективированы воля и интересы коллектива и за которым стоит этот коллектив².

В своих научных исследованиях ученый остается последовательным. Так, анализируя проект Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины), А. А. Пушкин указывает, что при определении правового положения организаций – юридических лиц Кодекс исходит из признания их функционирования как общественно реальных «естественных» образований. Такой подход отличается от подхода почти всех стран Запада, по которому упомянутые субъекты считаются искусственными субъектами права. Концепция ГК Украины базируется на признании их образования как проявления тех самых природных прав членов гражданского общества [4, с. 14]. То есть юридическая личность организаций – исключительно гражданско-правовое свойство, которое одновременно отражает и их специфическое положение (начала равенства) в регулируемых нормами гражданского права имущественных и личных неимущественных отношениях [2, с. 115], что обеспечивается системой признаков юридического лица.

Одни из признаков имеют значение предпосылок признания организаций юридическими лицами, а другие – значение качеств юридической личности организаций. Организационное единство и наличие обособленного имущества, по мнению ученого, – это

¹ А. А. Пушкин поддерживал утверждение Б. Б. Черепяхина о том, что за юридическими лицами как социальной реальностью никто не стоит, как никто не стоит за гражданином (физическим лицом) – субъектом прав и обязанностей [3, с. 46].

² Как следствие А. А. Пушкин поддерживал «теорию коллектива», утверждая, что коллективы рабочих и служащих или только коллективы должностных лиц образуют личный состав юридических лиц, через посредство деятельности, в которой только и может проявляться сама деятельность юридических лиц, то вполне естественным является и то, что организация – юридическое лицо обязана возместить вред, причиненный по вине ее работников при исполнении ими своих трудовых (служебных) обязанностей, на чем настаивали разработчики и сторонники «теории коллектива» (А. В. Венедиктов, С. Н. Братусь, Г. К. Матвеев, О. С. Иоффе и др.) [1, с. 200–201].

предпосылки признания организаций юридическими лицами. При этом организационное единство – необходимое условие существования организаций в качестве субъектов не только в гражданском, но и в других отраслях права, поскольку и в них организации не могут выступать в качестве субъектов права без достаточно выраженного и закреплённого в уставе или положении их организационного единства. Напротив, наличие обособленного имущества – необходимая предпосылка признания организаций как субъектов именного гражданского права, так как без обособленного имущества организации не могут участвовать в гражданских правоотношениях [2, с. 119].

Признаками второго вида являются выступление в гражданском обороте от своего имени и самостоятельная имущественная ответственность по своим обязательствам. Эти признаки действительно характеризуют особое лицо (юридическую личность) организаций, которое они приобретают, участвуя в отношениях, урегулированных нормами гражданского права [2, с. 120].

Если спроецировать учения Александра Анатольевича на современное состояние познания сущности юридического лица и его закрепления в гражданском законодательстве Украины, то не сложно заметить способность их к прогнозированию, поскольку в соответствии со ст. 80 ГК Украины юридическое лицо – это организация. Именно теория организации была обоснована и развита в трудах этого выдающегося Ученого. Именно он, расширяя грани признания юридического лица не только субъектом гражданских отношений, но и субъектом отношений, изучаемых иными отраслевыми науками, доказывал, что организации не могут выступать в качестве субъектов права без достаточно выраженного и закреплённого в уставе или положении их организационного единства.

Поэтому, по не совсем понятным причинам, современные исследователи проблем института юридического лица (особенно в Украине) обходят стороной учения Александра Анатольевича, ссылаясь на уже давно «заезженные» концепции и их теории, изложенные в правовой доктрине других государств. При этом, как уже указано выше, гражданское законодательство Украины, определяя понятие юридического лица, исходит именно из теории организации, предложенной А. А. Пушкиным.

Можно отметить, что научные и методические работы А. А. Пушкина связанные с изучением сущности юридического лица характеризуются доступным стилем изложения материала, используется собственная (авторская) методика его подачи и доведения до сознания лиц, знакомящихся с ним. В целом, практически каждое направление научного исследования Александра Анатольевича стало основой для формирования и последующего развития концепций, положений, идей о юридическом лице. Современное понимание юридического лица, заимствованное из учений этого выдающегося цивилиста, в целом получило достаточно обоснованный материал для последующего развития науки гражданского права.

Список библиографических ссылок:

1. Пушкин А. А. Избранные труды. Харьков: Эспада, 2007. 480 с.
2. Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины: в 2 ч./под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. Харьков: Основа, 1996. Ч. 1. 440 с.
3. Черепяхин Б. Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица. *Правоведение*. 1958. № 2. С. 43–50.
4. Пушкін О., Скакун О. Концепція нового цивільного кодексу. *Українське право*. 1997. № 1. С. 10–16.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.1

Андрій Богданович Гриняк,*завідувач відділу проблем договірної права**Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва**імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,**доктор юридичних наук, старший науковий співробітник*

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ПРИРОДИ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ ТА ЙОГО МІСЦЯ В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО- ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ

Спадковий договір має давнє історичне коріння, але як один із способів спадкування. Він відомий з часів римського приватного права. В сучасних правових системах теж відомими є різні види договорів про спадкування. Договори про спадкування досить детально, однак неоднозначно, регламентуються законодавствами держав-членів ЄС. Наприклад, ЦК Угорщини передбачає договори про спадкування і дарування на випадок смерті. За договором про спадкування спадкодавець зобов'язується призначити іншу договірну сторону своїм спадкоємцем за надане йому утримання або несення пожиттєвих періодичних платежів. Цивільне законодавство Швейцарії передбачає два види заповідальних розпоряджень: заповіт як односторонній правочин, через який спадкодавець в установленій законом формі виражає свою волю щодо належного йому майна на випадок своєї смерті; розпорядження може бути зробленим з аналогічною метою в договірному порядку шляхом укладення спадкодавцем договору про спадкування з іншою особою [1, с. 533, 545]. Німецьке цивільне уложення присвячує договору про спадкування цілий розділ (ст. 2274–2302), розглядаючи його як окремий, самостійний вид спадкування [2, с. 556–561]. Відповідно до ст. 2290 Німецького цивільного уложення договір про спадкування може бути укладено лише перед судом або нотаріусом при одночасній присутності двох сторін. Змінити або скасувати його можна лише за згодою сторін. Після смерті однієї зі сторін договір про спадкування не може бути скасовано. Натомість договори спадкування не отримали поширення у Франції, оскільки, як вважається, вони обмежують волю спадкодавця і не дозволяють скасувати раніше прийняте рішення [3, с. 536].

У вітчизняному законодавстві спадковий договір отримав своє відображення порівняно недавно. Це новий для нашої правової системи цивільно-правовий договір, оскільки він не був передбачений ні Цивільним кодексом УРСР 1922 р., ні Цивільним кодексом УРСР 1963 р., ні іншими законодавчими актами в галузі регулювання спадкових відносин.

Одразу ж зазначимо, що ще на стадії обговорення проекту ЦК України цей інститут викликав протилежне ставлення науковців до нього. Серйозні теоретичні розбіжності виникли між фахівцями з приводу правової природи спадкового договору, його співвідношення з інститутом обов'язкової частки спадщини, ставлення до цього договору як до такого, що обмежує цивільну правоздатність і є спробою позбавити окремих спадкоємців права на обов'язкову частку у спадщині. Не акцентуючи на цьому твердженні детальну увагу, зазначимо, що спадковий договір не позбавляє особу цивільної правоздатності. Спадковий договір дійсно не дозволяє відчужувачу розпоряджатись (продавати, дарувати тощо) майном, що становить його об'єкт, однак аж ніяк не позбавляє особу цивільної правоздатності, оскільки відчужувач виражає свою волю на укладення такого договору, а натомість отримує право вимагати виконання своїх розпоряджень, які, звичайно ж, не повинні суперечити чинному законодавству та моральним.

Дискусійним на сьогодні залишається питання щодо одно- чи двосторонності цього договору. Одні автори вважають, що спадковий договір – це консенсуальний, двосторонній і оплатний договір, який відповідно до ст. 1304 ЦК України вимагає обов'язкового нотаріального посвідчення [4, с. 139]. Інші ж вчені вважають, що спадковий договір є одностороннім, адже «з моменту укладення договору в набувача виникають обов'язки вчинити певні дії в інтересах відчужувача, а відчужувач має право вимагати виконання дій, передбачених договором» [5, с. 874]. Зважаючи на різнобічність думок, відображених у літературі щодо цього питання, необхідно відзначити, що це питання має вирішуватись з урахуванням наявності чи відсутності у сторін взаємних прав та обов'язків, висновки про які не варто робити лише із аналізу його легального визначення. Саме тому при детальному аналізі не лише законодавчого визначення спадкового договору, а всіх норм гл. 90 ЦК України стає зрозуміло, що спадковий договір необхідно розглядати як договір двосторонньо зобов'язуючий, оскільки цей правочин являє собою погоджену дію двох сторін, обтяжену обов'язками. Набувач, крім прав (право власності на майно відчужувача, право вимагати розірвання договору в разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача), має ще й обов'язки (виконувати розпорядження відчужувача і вчинити певну дію майнового або немайнового характеру). На відчужувача, крім належних йому прав (робити певні розпорядження, вимагати від набувача вчинення визначених умовами договору дій майнового або немайнового характеру), покладаються ще й обов'язки (обов'язок не відчужувати майно, визначене спадковим договором, обов'язок забезпечити збереження цього майна та належного ставлення до нього).

Ще одним аргументом на користь двосторонності спадкового договору виступає аналіз положень статті 1308 ЦК України, за якою спадковий договір може бути розірваний судом на вимогу відчужувача у разі невиконання набувачем його розпоряджень або на вимогу набувача у разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача. Слід зазначити, що й в одному і в іншому випадку розірвання спадкового договору можливе лише у судовому порядку. Саме суд має встановити факт порушення спадкового договору або неможливості його виконання. Таким чином, в силу ознаки двосторонності спадковий договір не можна скасувати або змінити в односторонньому порядку за життя відчужувача, як це має місце при заповіті.

Наступним дискусійним питанням, яке на сьогодні залишається невирішеним, є місце спадкового договору в Книзі шостій ЦК України. Насамперед, необхідно з'ясувати наступне: із спадкового договору виникають зобов'язальні чи спадкові правовідносини? Норми Книги шостої ЦК України передбачають два види спадкування: спадкування за заповітом та спадкування за законом. Тобто, спірною є теза, що спадковий договір може розглядатися як один з можливих видів спадкування. Відповідно до ст. 1303 ЦК сторони спадкового договору іменуються відчужувачем і набувачем, а не спадкоємцем і спадкодавцем. Саме визначення спадкового договору є досить схожим із визначенням окремих договорів (ренти, довічного утримання). Таким чином, із легального визначення спадкового договору прослідковується саме зобов'язальний характер цих відносин. На наш погляд, саме тому і залишається дискусійним питання про структурне місце спадкового договору: залишення його в Книзі шостій ЦК чи розміщення його в Книгу п'яту ЦК України, а саме після договорів довічного утримання і ренти.

Проаналізувавши міркування вчених щодо цього питання, одразу ж зазначимо про два окремих підходи щодо місця цього договору в системі цивільно-правових договорів. За першим підходом обґрунтовується доцільність його закріплення саме в системі спадкового права [6, с. 140], за другим – розміщення цього договору після договорів довічного утримання і ренти, розглядаючи як самостійний договір у системі цивільного права. Такий підхід обґрунтовується тим, що відсутні підстави для відведення спадковому договору

місця серед норм, які регламентують спадкові правовідносини, оскільки він не належить до видів спадкування. Крім того, спадковий договір за своїм змістом передбачає набуття певних прав і обов'язків ще за життя відчужувача, що суперечить правовій природі спадкування, оскільки набуття і здійснення спадкових прав можливе лише за неодмінної умови – смерті спадкодавця [4, с. 144].

В даному випадку аргументи Ю. О. Заїки видаються досить переконливими. Адже, дійсно, спадковий договір є особливим видом зобов'язальних правовідносин. Відносини між відчужувачем та набувачем за договором є зобов'язальними за своєю природою. Однак сутність спадкового договору тісно переплітається з відносинами спадкування (як і шлюбний договір, який розміщений у СК України, однак за своєю природою є цивільно-правовим). Оскільки норми ЦК України, що регулюють відносини із спадкового договору, вже розміщені в Книзі шостій, то, на наш погляд, немає необхідності у такому їх «переміщенні», адже це навряд чи вплине на ефективність правового регулювання.

Підсумовуючи доцільно зазначити, що спадковий договір як порівняно новий правовий інститут ще не набув широкого поширення на практиці. І, як засвідчують перші кроки його наукового аналізу та осмислення, правова природа спадкового договору, його місце в цивільному праві, із включенням його в ЦК України, стали предметом різних наукових дискусій, що в подальшому повинні сприяти становленню інституту спадкового договору та позитивному застосуванню його норм у судовій та нотаріальній практиці України.

Список бібліографічних посилань:

1. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование/под ред. В. В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 533–545.
2. Гражданское уложение Германии/науч. ред. А. Л. Маковский и др. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 556–561.
3. Гражданское и торговое право капиталистических государств: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Междунар. отношения, 1993. С. 536.
4. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: монографія. 2-ге вид. Київ: КНТ, 2007. С. 139–144.
5. Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент./за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. Київ: Істина, 2004. С. 874.
6. Васильченко В. В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права. *Право України*. 2003. № 7. С. 140.

Одержано 17.04.2017

УДК 343.375;347.2/3

Вадим Борисович Харченко,

завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, професор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1214-0313>

ВЛАСНІСТЬ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

Виходячи з положень статей 5, 6 та 10 Конституції (Основного закону) Української РСР 1937 року [1], ст. 90 Цивільного кодексу Української РСР 1963 року [10] визначалося,

що земля, її надра, води і ліси є у виключній власності держави і надаються тільки в користування. Відносини особистої (індивідуальної) власності поширювалися виключно на трудові прибутки та заощадження, житловий будинок і підсобне хатнє господарство, предмети хатного господарства і вжитку, предмети особистого споживання та комфорту, успадковані предмети. Цією ж нормою встановлювалося, що державі належать основні засоби виробництва в промисловості, будівництві і сільському господарстві, засоби транспорту і зв'язку, банки, майно організованих державою торговельних, комунальних та інших підприємств, основний міський житловий фонд, а також інше майно, необхідне для здійснення завдань держави. Відповідно до цього, система Особливої частини Кримінального кодексу Української РСР 1960 року [6] містила дві окремих глави, в яких встановлювалися самостійні підстави кримінальної відповідальності за злочини проти державної та колективної (соціалістичної) власності (Глава II) та злочини проти особистої (індивідуальної) власності громадян (Глава V). Земля, її надра, води, ліси та їх окремі складові були визначені предметом економічних (господарських) злочинів, передбачених Главою VI КК 1960 року.

Але 7 лютого 1991 року був прийнятий Закон № 697-XII «Про власність» [7], згідно з ч. 5 ст. 2 якого було визначено, що власність в Україні існує в різних формах і держава створює рівні умови для розвитку всіх форм власності та їх захисту. Положення ч. 1 ст. 9 наведеного Закону визначали, що земля, її надра, повітряний простір, водні та інші природні ресурси її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони є об'єктами права виключної власності народу України. Окрім права виключної власності народу України, в Законі окремі розділи були присвячені іншим формам права власності: 1) право приватної власності (розділ III); 2) право колективної власності (розділ IV); 3) право державної власності (розділ V). Відповідно до цього, суб'єктами права власності визнавалися: народ України, громадяни, юридичні особи та держава (ч. 1 ст. 3 Закону). На сьогодні наведений Закон втратив чинність, але визначений його положеннями напрям розвитку цивільного законодавства та регулювання правовідносин щодо різних форм власності, залишився незмінним та набув свого розвитку в Конституції України [2] та Цивільному кодексі України 2003 року [9] (далі – ЦК України).

Зміни щодо встановлення рівності всіх форм власності були враховані при розробці конструкції системи Особливої частини Кримінального кодексу України 2001 року [5] (далі – КК України), що на сьогодні містить єдиний розділ, в якому об'єднана група злочинів проти власності (Розділ VI) та підходів до визначення предмету злочинів цієї групи злочинів, яким є чуже для винного майно, тобто майно, що не належить винному на праві власності.

Водночас, основним завданням КК України є забезпечення охорони правовідносин, врегульованих іншими галузями права, від злочинних посягань. Стосовно ж регулювання майнових відносин (цивільних відносин), заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, якими і є відносини права власності особи на річ (майно), таке завдання покладене на ЦК України і саме ним визначається зміст наведених правовідносин. Зазначене необхідно враховувати як при визначенні сутності родового об'єкта злочинів, передбачених Розділом VI Особливої частини КК України, та змісту майна (речі) як предмету відповідних суспільно небезпечних посягань. Базисом встановлення підстав кримінальної відповідальності за злочини проти власності є положення ст. 41 Конституції України та ст. 321 ЦК України щодо непорушності права власності.

Наведене у повному обсязі знайшло своє відображення в теорії кримінального права України, адже будь-які правовідносини можливі лише з приводу спільного, єдиного для них предмета, який завжди входить до кола людських потреб, і саме ця обставина й зумовлює виникнення і функціонування відносин (природні об'єкти, різні товари чи предмети,

що мають ознаки товару) [8, с. 83]. У злочинах проти власності (Розділ VI Особливої частини КК України) родовим об'єктом виступають правовідносини власності, а майно (речі) одночасно є як предметом цих правовідносин, так і предметом переважної більшості складів злочинів цієї групи. Майно у речовому його розумінні виступає як необхідна (обов'язкова) ознака складів злочинів проти власності, адже безпосередньо зазначена (названа) у самому законі про кримінальну відповідальність. В. Я. Тацій наголошує, що у багатьох випадках законодавець указує в кримінальному законі тільки на певний вид предметів, визначаючи тим самим, що будь-який із предметів цього виду має однакове значення для кримінальної відповідальності [8, с. 93].

Водночас, на сьогодні кримінальне законодавство фактично залишило поза увагою законодавче закріплення крім приватної, державної та комунальної форм власності ще й четвертої її форми – власність Українського народу. Наведена форма власності не тільки прямо передбачена ст. 13 Конституції, а й врегульована ст. 324 ЦК України. Розкриваючи об'єкти права власності Українського народу (предмети злочину у кримінальному праві), ч. 1 ст. 324 ЦК України фактично відтворює положення ст. 13 Конституції та визначає, що ними є: земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони.

Безумовно, віднесення наведених об'єктів права власності Українського народу до предметів злочинів проти власності може бути піддано критиці з трьох основних підстав. По-перше, земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, природні ресурси континентального шельфу не мають так званої соціальної ознаки предмету злочину проти власності, що пов'язана з її створенням працею людини або виокремленням з природного середовища [3, с. 352]. У зв'язку з цим, необхідно наголосити на відсутності будь-яких нормативних підстав виокремлення такої ознаки та її існування взагалі. Відповідно до ч. 1 ст. 190 ЦК України, річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Зазначене повною мірою стосується і речі як предмету злочинів проти власності. Без жодного сумніву, що такі права та обов'язки можуть виникати як щодо явищ навколишнього світу, в які була вкладена праця людей (в яких зматеріалізована людська праця), так і подібних явищ (речей), що належать на праві власності і мають відповідну цінність, яка не обумовлена людською працею. Наявність на сьогодні у науці кримінального права України соціальної ознаки предмету злочинів проти власності обумовлена певним атавізмом розвитку інституту права власності часів СРСР.

По-друге, недоцільність віднесення до злочинів проти власності відповідних суспільно небезпечних посягань щодо наведених вище об'єктів права власності Українського народу може бути обґрунтована наявними на сьогодні підставами кримінальної відповідальності, передбаченими окремими нормами Розділу VIII Особливої частини КК України «Злочини проти довкілля». Водночас, родовим об'єктом вищенаведеної групи посягань типово визнаються суспільні відносини з охорони довкілля як сукупності об'єктивних умов існування людства і джерел життя людини, її благополуччя та розвитку [4, с. 266]. Спричинення шкоди (або створення загрози її спричинення) зазначеним правовідносинам у разі незаконного (протиправного) вилучення, привласнення, споживання, пошкодження або знищення землі, її надр, атмосферного повітря, водних та інших природних ресурсів, природних ресурсів континентального шельфу жодним чином не виключає і не поглинає спричинення відповідної шкоди відносинам власності на зазначені об'єкти.

По-третє, є очевидним, що предмет охоронюваних правовідносин власності як родового об'єкта відповідної групи злочинів, і предмет злочинів проти власності у характеристиці

злочинів, передбачених Розділом VI Особливої частини КК України, повністю співпадають. Водночас, поряд з предметом суспільних відносин і предметом злочину необхідно виокремлювати й предмет злочинного впливу – той елемент охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, який піддається безпосередньому злочинному впливу і якому, отже, в першу чергу завдається шкода [8, с. 103]. Аналіз механізму спричинення шкоди у разі вчинення злочинів проти власності дозволяє стверджувати, що відповідна протиправна поведінка щодо об'єктів права власності жодним чином відносини власності не знищує і не пошкоджує. Але внаслідок такої суспільно небезпечної поведінки власник обмежується у реалізації свого права користування та розпорядження своїм майном, тобто позбавлений можливості втілити в життя зміст відносин власності, здійснити певний вид діяльності. Саме соціальний зв'язок, зміст відносин права власності на речі, у разі вчинення злочинів відповідної групи, і становить предмет злочинного впливу.

Наразі, визначаючи зміст відносин власності, ч. 1 ст. 317 вказує, що ним є право володіння, право користування та право розпорядження майном. Щодо права володіння як змісту відносин власності Українського народу, ст. 13 Конституції України і ст. 324 ЦК України містять тотожні положення про належність права володіння відповідними об'єктами саме народу України. Але стосовно права користування та розпорядження таким майном будь-якого зрозумілого механізму їх реалізації на законодавчому рівні не існує. В Конституції зазначається, що кожний громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. Положення ч. 2 ст. 324 ЦК містять вказівку, що від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, встановлених Конституцією України. Такий механізм здійснення права власності фактично отожднює реалізацію права користування та розпорядження об'єктами права власності Українського народу з об'єктами, щодо яких здійснюються повноваження органами державної влади та органами місцевого самоврядування і які їм належать на праві державної або комунальної власності.

Водночас, передбачене свого часу ст. 10 Закону України «Про власність» право народу України шляхом референдуму вирішувати питання щодо правового стану природних об'єктів, їх використання та охорони, а також право громадян України особисто та через громадські організації, трудові колективи, органи територіального громадського самоврядування брати участь у розгляді питань, пов'язаних з використанням та охороною природних ресурсів, на сьогодні не можуть бути реалізовані через втрату чинності наведеного Закону.

З одного боку, проблема визначення порядку користування і розпорядження об'єктами права власності Українського народу у конституційному та цивільному праві нашої держави, жодним чином не є перешкодою для віднесення протиправних посягань щодо таких об'єктів до групи злочинів проти власності у кримінальному праві України. Але, з іншого боку, відсутність зрозумілого та визначеного на законодавчому рівні механізму реалізації народом України права користуватися та розпоряджатися землею, її надрами, атмосферним повітрям, водними та іншими природними ресурсами, які знаходяться в межах території України, природними ресурсами континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони на власний розсуд, унеможливорює формулювання предмету злочинного впливу (посягання), встановлення «механізму» заподіяння шкоди об'єкту, окреслення кола суспільно небезпечних діянь, а також визначення розміру і характеру їх наслідків у кримінальному праві України. Вочевидь, що розв'язання наведених питань у цивільному праві України повинні узгоджуватися з положеннями ч. 6 ст. 319 ЦК (державна не втручається у здійснення власником права власності), ч. 1 ст. 321 ЦК (право

власності є непорушним; ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні) та ч. 3 ст. 324 ЦК (кожен громадянин має право користуватися об'єктами права власності Українського народу), а також потребують свого закріплення на найвищому конституційному рівні в Основному законі нашої держави.

Список бібліографічних посилань:

1. Конституція (Основний закон) Української РСР: закон УРСР від 30.01.1937 // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1937.html> (дата звернення: 16.03.2017).
2. Конституція України: закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/254k/96-вр> (дата звернення: 16.03.2017).
3. Кримінальне право (Особлива частина): підручник/за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Луганськ: Елтон-2, 2012. Т. 1. 780 с.
4. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник/Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2015. 680 с.
5. Кримінальний кодекс України: закон України від 05.04.2001 № 2341-III // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 10.02.2017).
6. Кримінальний кодекс Української РСР: закон УРСР від 28.12.1960 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05/2002-05> (дата звернення: 15.03.2017).
7. Про власність: закон України від 07.02.1991 № 697-XII // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12> (дата звернення: 14.03.2017).
8. Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві: монографія. Харків: Право, 2016. 256 с.
9. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003 № 435-IV // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 14.03.2017).
10. Цивільний кодекс Української РСР: Закон УРСР від 18.07.1963 № 1540-06 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/ed19630718> (дата звернення: 12.03.2017).

Одержано 14.04.2017

УДК 340.1:347.44

Жанна Вікторівна Завальна,

*професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,
доктор юридичних наук, професор*

**ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ:
ЩЕ РАЗ ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ЗМІН ПРИ ДОСЛІДЖЕННІ
ПРИВАТНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН**

Актуалізація

Адекватне правове регулювання суспільних відносин, яке б відповідало умовам, часу, особливостям сфери, в якій виникають та існують відносини залежить від багатьох факторів, головними з яких, на нашу думку є проведення об'єктивних, міждисциплінарних досліджень, що мають прогностичний характер. Адже лише з'ясувавши сутність наявної

проблеми в правовому регулюванні суспільних відносин та усвідомивши механізми її виникнення можна запропонувати дієвий механізм її подолання.

Нажаль, як показує аналіз дисертаційних досліджень останніх п'яти років досить невелика кількість молодих вчених звертають увагу на об'єктивність та міждисциплінарність свого дослідження. В переважній більшості досліджень правової тематики превалює дві основні тенденції, а саме: тлумачення існуючого законодавства із можливістю побудови напів-легальних схем виходу із тих чи інших проблемних ситуацій; констатується неспроможність існуючого чинного законодавства та пропонується авторський проект нормативного акту чи його зміни. При цьому зазначений «науковий доробок» об'єктивується в таких словесних формулах як: «ще не було розглянуто у вітчизняній літературі», «дана проблема може бути розглянута нами», «зміна законодавства вимагає розгляду даної проблеми» тощо.

Як свідчить критичний аналіз таких «наукових робіт» за такою актуалізацією криється алогічність сучасного наукового знання, де наслідки міняються місцем із причиною. І як правило, досліджуючи наявні проблеми в правовому регулюванні суспільних явищ, дослідники констатують наявність тих чи інших проблем, але не дають варіантів їх вирішення, а при спробі надати такі варіанти, зазвичай, не враховують зовнішні умови, характеристики сфери виникнення відносин, оскільки це вже вважається «соціологією, політологією, економікою» тощо.

На наш погляд для фундаментальних, практично значимих наукових розробок необхідна наукова сміливість, обізнаність в суміжних галузях знань, врахування впливів суспільних, економічних, політичних факторів. Цього від нас як науковців чекає практика правозастосування, уповноважені органи, юридичні особи та фізичні особи. І саме цього, на наш погляд, не вистачає нашим науковим юридичним дослідженням для того щоб дійсно зацікавити іноземні наукові видання.

В рамках даної публікації хотілося б торкнутись лише двох (безумовно не єдиних, проте на нашу думку надзвичайно важливих для підвищення якості наукових досліджень) методологічних аспектів, врахування яких з нашої точки зору, є важливим для осучаснення юридичних досліджень та підвищення їх міждисциплінарності та практичної цінності.

Конвергенція приватного та публічного права

Посилення інтеграційних процесів у праві спостерігається на всіх рівнях і щодо всіх інститутів та явищ, від взаємопроникнення та взаємовпливу правових систем держав до категорій та понять, які були притаманні тільки приватній чи публічній сфері правового регулювання. Правова конвергенція в правовому дискурсі є комплексним родовим поняттям, яке в авторських інтерпретаціях може конструюватись за допомогою таких понять як взаємопроникнення, взаємопов'язаність, уподібнення, інтеграція, узгодження, взаємодія тощо[4]. Конвергенція також розуміється і як процес взаємодії національних правових систем або їх окремих елементів, що супроводжується підвищенням ступеня зв'язаності й узгодженості правового регулювання суспільних відносин [3]; і як процес виникнення схожих і тотожних явищ у правових системах різних держав [2]; і як взаємне уподібнення окремих елементів правових систем, що передбачає підвищення ступеня узгодженості правового регулювання суспільних відносин; а також як зближення правових систем світу; і як взаємне проникнення їх окремих регулятивних механізмів та інститутів [1]. Останнє розуміння правової конвергенції як взаємне проникнення окремих регулятивних механізмів та інститутів, найбільш точно характеризує процеси, що відбуваються на сьогодні в правовому регулюванні відносин в Україні.

Найяскравіша ілюстрація взаємопроникнення приватного та публічного проявляється на прикладі таких понять та категорій договір та послуга. Так, договір є способом

побудови та існування відносин, що застосовується не залежно від галузевої належності правовідносин. Послуга дія вартість, якої споживається підчас її надання. Такі дії можуть надаватись будь-якими суб'єктами та в будь-яких відносинах. Послуга може надаватись як на основі договору, так і недогівірних засобів регулювання вказаних в імперативних нормах та бути предметом відносин як приватної, так і публічної сфери.

Необхідність зміни наукових підходів при дослідженнях правового регулювання суспільних відносин

Вбачається, що розгляд проблем того чи іншого правового явища чи інституту на нинішньому етапі має відбуватись за принципом від загального до спеціального і назад до загального. Тобто вивченню має підлягати сфера виникнення та існування об'єкта, що досліджується, його ознаки, що виділяють на фоні інших явищ чи інститутів такого ж характеру, встановлення наявності чи відсутності системи чи системності у виникненні, конкретизація та розмежування тотожних в середині системи чи сфери, і третій етап знаходження схожих явищ в інших сферах, вивчення «поведінки» даного явища чи «мутація» в конкретній сфері, можливість чи доцільність використання в даній сфері, ефективність використання його в даній сфері.

Комплексний підхід до вивчення явища чи інституту в цілому надає можливість відійти від необхідності підганяти виявлені особливості досліджуваних об'єктів під загальноприйняті ортодоксальні параметри предмета і метода правового регулювання. Така «підгонка» до галузевих рамок на сьогодиншньому етапі розвитку правової науки стала «прокрустовим ложем» для дослідження всіх механізмів та засобів правового регулювання суспільних відносин. І як результат, при невідповідності параметрам галузі права, галузева правова наука опиняється у своєрідному ступорі. При цьому, наукові дослідження мають форму коментарів діючого законодавства із пропозиціями внести зміни у підзаконні акти; в кращому випадку – експертних висновків із вкрапленням теоретичного аналізу.

Відхід від зазначеного підходу при дослідженні правових явищ та інститутів дає можливість пізнавати і сприймати правові явища та інститути в суспільстві в цілому та розуміти їх місце і роль для суспільства, держави, колективів, окремих осіб.

На нашу думку використання зазначених методологічних підходів дасть можливість значно підвищити якість юридичних досліджень, їх міждисциплінарність та практичну цінність.

Про неможливість використання існуючих підходів при дослідженні договору

На сьогоднішній день існує декілька усталених концепцій виходячи з яких розглядається поняття договір. Найпоширенішими за повторенням та цитуваннями, послідовниками чи критичними зауважень приватно-правовий договір розуміють як: домовленість (узгоджене волевиявлення), угоду (юридичний факт), правовідношення (зобов'язання), засіб індивідуального регулювання. В публічно-правовій сфері договір досліджують виходячи з одного із таких аспектів: форма управління; адміністративний акт; джерело права. Більшість перерахованих аспектів розгляду договору сформувались виходячи з нормативіського праворозуміння, яке вимагалось від науковців-правознавців в політично-заїдеологізованій радянській системі існування права та держави. Нинішня ситуація в державі і в суспільстві вимагає переглянути, здійснити інвентаризацію підходів в наукових дослідженнях, зокрема це стосується і договорів. Усвідомлюючи необхідність пропонування нових підходів, спробуємо обґрунтувати неможливість використання існуючих підходів при дослідженні договору.

Кожна із наведених концепцій аналізуватиметься на предмет можливості надання цілісного уявлення про договір як про явище соціального характеру, і недоліки кожної із концепцій показати ту чи іншу сторону досліджуваного об'єкта. Договір розглядається як:

1) домовленість (узгоджене волевиявлення). Дана концепція є класичною і відображеною в цивільному законодавстві, що правда, законодавець є непослідовним у її застосуванні. В багатьох випадках, час від часу прослідковується елементи інших концепцій, що нами розглядаються нижче. Дана концепція зосереджує увагу на узгодженні волі і характеристиці волевиявлення осіб, в тому числі і способах такого узгодження, легітимність та нелегітимність результатів такого узгодження, виникнення прав та обов'язків на початковому етапі, при виникненні відносин. Але таке бачення не висвітлює подальший розвиток досягнутої домовленості, як то питання щодо виконання, припинення договору, а також відповідальність, питання правової сили умов, питання предмету та об'єкту відносин;

2) угода (юридичний факт) – позиція відображає наявність життєвої обставини, із якою пов'язується виникнення, зміна чи припинення прав та обов'язків, але відсутнє основне змістовне навантаження, та відповіді на такі нагальні питання, щодо свободи волевиявлення, наявності взаємних зобов'язань та їх правової сили;

3) правовідношення (зобов'язання). В даному розумінні науковці говорять про права та обов'язки як умови договору, сторони та предмет договору, але нажалдь, з іншого боку, дана концепція не відображає свободу волевиявлення при встановленні відносин за допомогою цього правового засобу, так само як і наявність та походження юридичної сили такого договору;

4) форма управління. В недалекому минулому, найпоширеніше для публічно-правової науки розуміння договору, оскільки дану форму діяльності можна було охарактеризувати загальними положеннями про здійснення впливу на об'єкт управління, але проявлялась нелогічність даного підходу як тільки нагадувалось, що поняття «управління» є здійсненням владного впливу. В такому випадку, про виявлення свободної волі йти не могло, а тому встановлення відносин на договірній основі також не може бути й мови;

5) концепція адміністративного акту, цивільно-правовій науці концепція документу, тобто певна форма об'єктивації прав, обов'язків, фіксація юридичних фактів. В недоліках даного бачення, можна використати аргументи, які стосуються розгляду договору як угоди та як правовідносин;

6) нормативний/ індивідуальний засіб регулювання. В публічному праві засіб нормативного регулювання. В приватному праві договір вважається засобом індивідуального регулювання. В наявності боротьба нормативіського та природного праворозуміння через намагання впливати самостійно на власні відносини єдиним доступним правовим способом укладенням договору. В заслугах такого підходу можна відмітити конкретизацію законодавства та врахування інтересів учасників відносин.

Наявність та поширеність в двох різних, можна говорити антагоністичних іпостасях, такого засобу регулювання говорить про те, що його не можна сприймати однозначно як індивідуальний чи як нормативний. Це означає, що перед нами регулюючий засіб більш вищого, загального порядку. І в даному випадку, протиставлення та його розгляд як двох протидіючих видів є як мінімум неефективним, оскільки не розкриває глибинної сутності цього не тільки і не стільки засобу правового, але скоріше засобу суспільного регулювання.

Все вище наведене дало поштовх до пошуку нових підходу, яким і стала концепція договірного регулювання суспільних відносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Волошенюк О. В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах. *Форум права*. 2009. № 3. С. 123–128. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2009_3_20.

2. Маркова-Мурашова С. А. Существование и взаимодействие правовых систем современности в условиях правовой конвергенции. *Юрист-Правоведь*. 2005. № 1. С. 16–22.

3. Скурко Е. В. Некоторые аспекты проблемы взаимодействия правовых систем в условиях глобализации. *Государство и право*. 2008. № 8. С. 69.

4. Третьякова О. Д. Конвергенция российского права в механизме обеспечения единства образования в Европе: болонская парадигма. *«Черные дыры» в Российском Законодательстве*. 2008. № 6. С. 32.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.66

Юрий Александрович Заика,

профессор кафедры гражданского права и процесса

Национальной академии внутренних дел,

доктор юридических наук, профессор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1946-3171>

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОХРАНЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ ЗАВЕЩАТЕЛЯ

Объективная заинтересованность лица в самостоятельном осуществлении принадлежащих ему гражданских прав законодательно закреплена в ст. 12 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК).

Завещатель – это лицо, которое в соответствии с действующим наследственным законодательством составило распоряжение относительно судьбы своего имущества на случай смерти. Принцип свободы завещания позволяет любому дееспособному гражданину, отдающему отчет в своих действиях и понимающему их значение в любое время реализовать такой элемент своей гражданской правоспособности – как право составления завещания и назначить своим правопреемником любое физическое или юридическое лицо, независимо от наличия или отсутствия родственных или семейных связей. Свобода завещания имеет и определенные негативные черты. У наследодателя могут быть близкие родственники, члены семьи, для которых он был единственным кормильцем и которые при его жизни имели право на алиментирование. Такие лица, при лишении их наследства, остаются без средств к существованию.

Еще в римском праве завещания, где ближайшие родственники устранились от наследования, признавались такими, что нарушают естественные родственные обязанности, составлены не совсем в здравом уме, и, следовательно, не имеющие силы. Так в Дигестах Юстиниана (Титул II «О назначении наследниками и лишении наследства детей и постумов») Гай отмечал, что главное правило, которое необходимо учитывать при составлении завещания, что бы не были лишены наследства дети, поскольку если находящийся под властью отца сын *обойден*, завещание считается недействительным [1, с.54]. Аналогичное суждение принадлежит и Папиниану (Титул III «О противоправном, отмененном и недействительном завещании»), отмечавшему, что про завещание говорят, что оно сделано не по праву либо оно ничтожно, если будет обойден сын, находящийся под властью отца [1, с.56]. Для того, чтобы завещание не могло быть опорочено, каждому из ближайших родственников должно быть оставлено *porto debita* – доля, которая составляла не менее $\frac{1}{4}$ того, что они могли получить при наследовании по закону [4, с. 226].

В современной доктрине наследственного права лиц, имеющих право на часть наследства, независимо от содержания завещания, принято называть обязательными наследниками. Право получения обязательной доли наследства обусловлено наличием ряда обстоятельств. Наследник по закону, претендующий на обязательную часть в наследстве, должен доказать: а) наличие предусмотренной в законе степени родства с умершим или факт зарегистрированных брачных отношений; б) свою нетрудоспособность на день открытия наследства.

Институт обязательной части наследства выступает как своеобразный компромисс, между такими принципами наследственного права как свобода завещания и принцип обеспечения самых близких к наследодателю нетрудоспособных лиц.

Оптимальное соотношение этих двух начал достигается путем: а) установления в законе исчерпывающего перечня лиц, имеющих право на обязательную часть наследства; б) определение размера этой части; в) наличием обстоятельств, которые могут послужить основанием для уменьшения размера обязательной доли или лишением права на нее вообще.

Эти условия и должны предотвратить превращение правовой нормы из социальной по характеру, во-первых, в средство неосновательного обогащения за счет имущества умершего лица, а во-вторых, в какой то степени учитывать и отношение завещателя к такому лицу.

Право на обязательную часть наследства не зависит не только от воли завещателя, но и согласия других наследников, не связано условием совместного проживания с наследодателем или ведением с ним совместного хозяйства. Условием получения обязательной части не является и нуждаемость наследника. То есть, если лицо, имеющее право на обязательную часть наследства, материально обеспечено; получает пенсию, позволяющую удовлетворять все необходимые потребности (и не только элементарные); имеет солидный счет в банковском учреждении; владеет недвижимостью и не нуждается в материальной помощи, все это не лишает наследника права на обязательную часть наследства.

В отдельных странах СНГ норма в отношении права на обязательную часть наследства отчасти утратила свое императивный характер. Так в соответствии со ст. 1149 ГК Российской Федерации при определенных обстоятельствах суд имеет право не только уменьшить размер обязательной части наследства, но и вообще отказать в ее получении. Но это может иметь место, а-первых, только в отношении определенного имущества, которое предназначено для проживания (квартира, жилой дом) либо для использования в профессиональной деятельности (творческая мастерская, средства труда), во-вторых, наследник по завещанию при жизни наследодателя должен был проживать в этой квартире (жилом доме) или использовать эти средства труда как основной источник к существованию, в третьих, обязательный наследник этим имуществом не пользовался.

Практически, аналогичная по духу, хотя и не такая кардинальная по содержанию, норма содержится и в отечественном гражданском законодательстве. Так в соответствии с ч. 2 ст. 1241 ГК Украины суду предоставлено право уменьшать размер обязательной части с учетом отношений между наследниками и наследодателем, а также других обстоятельств, которые имеют существенное значение. Однако, что это за таинственные «другие обстоятельства», наличие которых позволит суду уменьшить размер обязательной части наследства ? И каким образом будет суд устанавливать существовавшие «отношения между наследниками и наследодателем» с учетом того, что самое заинтересованное в этом лицо – наследодатель, свою волю высказал однозначно в завещании, а в силу естественных причин – будет отсутствовать в судебном заседании?

В ст. 15 ГК України закріплено право любого лица на защиту своего гражданского права в случае его нарушения, непризнания или оспаривания. Эффективность реализации права на судебную защиту является одним из основополагающих прав человека. Действующее законодательство позволяет лицу обратиться в суд за защитой нарушенного права как способами, прямо предусмотренными в законе, так и способами, которые не противоречат действующему законодательству.

В соответствии со ст. 1163 ГК Украины физическое лицо, жизни, здоровью или имуществу которого угрожает опасность, имеет право требовать ее устранения от того, кто ее создает. Почему же завещатель, предполагая, что *некто*, несмотря на составленное им завещание, будет оспаривать его последнюю волю, лишен права защиты своего волеизъявления при жизни?

Безусловно, обращение в суд не способствует сохранению тайны завещания, но эта тайна после смерти завещателя в любом случае будет разглашена, поскольку наследники по закону, имеющие право на обязательную часть наследства, будут его оспаривать в судебном порядке. Правовая охрана – по своему содержанию понятие значительно шире, чем защита, поскольку содержит в себе и средства направленные на предупреждение совершения потенциального нарушения права.

Современная идеология наследственного права базируется на идеологии качественно новой исторической формации, на новом понимании экономических, культурных и духовных ценностей, соотношении обязанностей государства, общества и частного лица как субъекта наследственных правоотношений, что обуславливает принципиальные изменения доктринального отношения к отдельным, традиционным положениям наследственного права [3, с. 413].

Представляется целесообразным обсудить предложение о возможности дополнения ГК Украины специальной статьей «Лишение права на обязательную долю в наследстве». В этой норме, с учетом сложившейся судебной практики, следует предусмотреть обстоятельства, которые могут послужить основанием для уменьшения размера обязательной доли наследства или лишения права на обязательную долю, что ограничит, так называемое, судебское усмотрение и исключит элемент субъективизма при рассмотрении дел подобной категории. В этой же статье следует предоставить завещателю право на обращение в суд с требованием об устранении обязательных наследников от наследования [2, с. 122].

В том случае, когда завещатель пересмотрит свое отношение наследнику, унаследованного решением суда от наследования обязательной доли, он вправе реализовать свою волю путем составления нового завещания, и тогда, так называемый, *прощенный наследник*, получит наследство уже в качестве наследника по завещанию.

Список библиографических ссылок:

1. Дигесты Юстиниана/пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. V, полут. 1. М.: Статут, 2004. 614 с.
2. Заика Ю. А. Защита субъективного гражданского права при наследовании по завещанию // Проблемы правопонимания и правоприменения в прошлом, настоящем и будущем цивилизации: сб. ст. междунар. науч.-практ. конф., (Минск, 27 апр. 2016 г.): в 2 ч./редкол.: И. А. Маньковский (гл. ред.). Минск: Междунар. ун-т МИТСО, 2016. Ч. 1. С. 120–122.
3. Заїка Ю. О. Спадкове право і цивілістична доктрина // Правова доктрина України: у 5 т. Харків: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права/Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. С. 413–432.
4. Римское частное право: учебник/под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М.: Новый Юрист, 1998. 512 с.

Одержано 11.04.2017

Тетяна Валеріївна Боднар,

професор кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

доктор юридичних наук, професор

ВІДСУТНІСТЬ ЗГОДИ ЯК ПІДСТАВА ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНІВ НЕДІЙСНИМИ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

В Сімейному кодексі України (далі – СК України) термін «згода» застосовується в багатьох випадках щодо різних правовідносин: шлюбу (ст. 24, 40 СК України), особистих немайнових прав та обов'язків подружжя (ст. 54 СК України), прав та обов'язків подружжя по утриманню (ст. 77 СК України), особистих немайнових прав і обов'язків батьків та дітей (ст. 145, 146, 148, 149, 160, 161 та ін. СК України), усиновлення (ст. 201, 217–222 та ін. СК України), опіки та піклування (ст. 244 СК України) тощо.

При цьому відсутність згоди в одних випадках тягне за собою недійсність певних дій (наприклад, недійсність усиновлення – ст. 236, 237 СК України), в інших – слугує перешкодою для укладення відповідних договорів (про патронат над дитиною – ст. 253, 254 СК України, про влаштування дітей до прийомної сім'ї – ст. 256³, 256⁴ СК України, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу – ст. 256⁷, 256⁸ СК України).

Особливого значення у контексті питання, що досліджується, набуває згода у відносинах щодо здійснення права спільної сумісної власності подружжя (ст. 65 СК України), щодо управління майном дитини (ст. 177 СК України), а також в інших правовідносинах, підставою виникнення яких є відповідний договір (наприклад, шлюбний договір – ст. 92 СК України).

Спільною ознакою, що об'єднує зазначені три види правовідносин, є договір (правочин), укладений (вчинений) однією особою за згодою іншої, якої є однією з умов дійсності зазначених договорів (правочинів).

Здавалося б, що спільна ознака, яка об'єднує ці правочини, повинна визначати і спільні (однакові) для кожного правочину правові наслідки недотримання вимоги щодо наявності згоди. Проте, насправді, ці правові наслідки відрізняються.

Розглянемо їх докладніше.

1. Як встановлено ст. 63 СК України, дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпоряджання майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними.

З урахуванням цього ч. 1 ст. 65 СК України встановлює, що дружина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, за взаємною згодою.

Виходячи з цього, при укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя (ч. 2 ст. 65 СК України).

Наведені норми майже дослівно співпадають з положеннями ч. 1 і 2 ст. 369 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) щодо здійснення права спільної сумісної власності, проте основна відмінність полягає в тому, що, як встановлено ч. 2 ст. 68 СК України, розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, здійснюється

співвласниками виключно за взаємною згодою, відповідно до ЦК України *після розірвання шлюбу* (курсив наш. – Т. Б.). Таким чином, положення ст. 369 ЦК України не можуть застосовуватися до відносин щодо здійснення права спільної сумісної власності подружжям.

Виходячи з цього, ЦК України і СК України встановлюють різні правові підстави визнання недійсним договорів щодо розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності. Так, якщо відповідно до ч. 4 ст. 369 ЦК України правочин щодо розпорядження спільним майном, вчинений одним із співвласників, може бути визнаний судом недійсним за позовом іншого співвласника у разі відсутності у співвласника, який вчинив правочин, необхідних повноважень, то згідно з ч. 2 ст. 65 СК України дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її, його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового.

Таким чином, *відповідно до ч. 2 ст. 65 СК України відсутність згоди іншого з подружжя* слід вважати єдиною підставою визнання недійсним договору щодо розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, укладеного одним із подружжя.

Визнання недійсним зазначеного договору з інших підстав має здійснюватися відповідно до положень ст. 215 ЦК України.

Судова практика виходить з того, що за своєю правовою природою згода одного з подружжя на укладення іншим з подружжя договору щодо розпорядження майном, що є об'єктом їх спільної сумісної власності, є одностороннім правочином. Така правова позиція, що викладена, зокрема, у постановах Верховного Суду України від 07.10.2015 у справі № 6-1622цс15, від 27.01.2016 у справі № 6-1912цс15, від 30.03.2016 у справі № 6-533цс16 тощо, цілком узгоджується з визначенням поняття правочину, згідно з яким правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 ЦК України).

Разом з тим, виходячи зі змісту ч. 3 ст. 202 ЦК України, можна констатувати, що згода одного з подружжя на укладення іншим з подружжя договору щодо розпорядження майном, що є об'єктом їх спільної сумісної власності, породжує лише право іншої особи укласти такий договір, проте не породжує для нього жодних обов'язків. Така згода може створювати обов'язки для іншого з подружжя лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами.

2. За загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 177 СК України, батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження.

При вчиненні одним із батьків правочинів щодо майна малолітньої дитини вважається, що він діє за згодою другого з батьків. Вважаємо, що є всі підстави, як і в попередньому випадку, кваліфікувати таку згоду як односторонній правочин.

Другий з батьків має право звернутися до суду з вимогою про визнання правочину недійсним як укладеного без його згоди, якщо цей правочин виходить за межі дрібного побутового (абз. 1 ч. 6 ст. 177 СК України).

Слід звернути увагу на неточність формулювання норми щодо визнання недійсним правочину, оскільки під *укладеним правочином* розуміють дво- або багатосторонній правочин – договір. Якщо ж мати на увазі всі правочини, то вони *вчиняються*. Тому мова в абз. 1 ч. 6 ст. 177 СК України має йти про визнання недійсним *правочину, вчиненого без згоди одного з батьків*.

Стаття 177 СК України не містить відповіді на запитання щодо правових наслідків вчинення батьками малолітньої дитини правочинів, передбачених ч. 2 зазначеної статті, щодо її майнових прав без дозволу органів опіки та піклування.

Очевидно, що в такому разі правочин може бути визнано недійсним за позовом органу опіки та піклування з підстав, передбачених ст. 215 ЦК України, зокрема, виходячи з того, що правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ч. 6 ст. 203 ЦК України).

3. Особливий інтерес в контексті питання, що розглядається, становить укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його стороною є неповнолітня особа. На укладення такого договору потрібна письмова згода її батьків або піклувальника, засвідчена нотаріусом (ч. 2 ст. 92 СК України). На нашу думку, і цю згоду слід розглядати як односторонній правочин.

Розглядаючи шлюбний договір як сімейно-правовий договір, вважаємо, що положення ст. 103 СК України, яка передбачає можливість визнання шлюбного договору на вимогу одного з подружжя або іншої особи, права та інтереси якої цим договором порушені, недійсним з підстав, встановлених ЦК України, не повинні поширюватися на випадки відсутності письмової згоди, про яку йдеться в ч. 2 ст. 92 СК України.

У зв'язку з цим вважаємо за доцільне доповнити ст. 92 СК України частиною третьою такого змісту:

«3. Батьки (один з них) або піклувальник мають право на звернення до суду з позовом про визнання шлюбного договору недійсним як такого, що укладений до реєстрації шлюбу неповнолітньою особою без письмової згоди її батьків або піклувальника, засвідченої нотаріусом».

4. Окремо варто зупинитися на згоді (батьків, інших законних представників або дитини), відсутність якої не визнається СК України підставою для визнання недійсними договорів про патронат над дитиною, про влаштування дітей до прийомної сім'ї, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу.

Разом з тим, така згода, як односторонній правочин, спрямована на набуття сторонами зазначених договорів права на їх укладення.

Особливість зазначених договорів полягає в тому, що, незважаючи на розміщення норм щодо них в СК України, за своєю правовою природою і суттю ці договори не є сімейно-правовими у вузькому розумінні, оскільки укладаються: договір про патронат над дитиною – за участі органу опіки та піклування і патронатного вихователя (участь у зазначеному договорі батьків чи законних представників дитини, що передбачена Типовим договором про патронат над дитиною, не передбачена СК України, а тому розглядається нами лише як факт підтвердження їх згоди відповідно до ч. 2 ст. 254 СК України); договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї – за участі прийомних батьків та органу, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї; договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу – за участі батьків-вихователів та органу, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного типу.

Відтак, цілком виправданою є відсутність в СК України норм, щодо визнання зазначених договорів недійсними. Очевидно, що такі договори можуть визнаватися недійсними з підстав, передбачених ЦК України.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.1

Валентина Антонівна Васильєва,*завідувач кафедри цивільного права**ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»,**доктор юридичних наук, професор***ЩОДО КАТЕГОРІЇ КОРПОРАТИВНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Окрім речей матеріального світу, на сьогодні матеріальними цінностями є інші життєві субстанції. Це – інтелектуальна власність, інформація, комерційна власність, якою є товарно-розпорядчі документи, складські свідоцтва, боргові розписки і майнові права, які на сьогодні займають окреме місце серед об'єктів цивільних прав.

Майнове право, будучи самостійним об'єктом різних видів цивільних правовідносин, перебуває у специфічних системних зв'язках кількох рівнів: 1) є елементом системи «цивільне правовідношення» (внутрішнього правовідношення) як складова його змісту, в межах якого існує як суб'єктивне право, 2) як право, встановлене щодо речі – іншого об'єкта цивільних прав. Майнове право при певних умовах об'єктивується як об'єкт відчуження, користування, і стає самостійним елементом у системі об'єктів цивільних прав.

Слід констатувати, що процес появи майнового права як об'єкта супроводжується складним правовим взаємозв'язком суб'єктів стосовно матеріальних чи нематеріальних благ, а динаміка цих зв'язків слугує підставою виникнення майнового права як об'єкта. Особливо слід зазначити таку властивість майнового права як його інтеграційні якості в системі об'єктів, оскільки воно інтегрує певні блага (речі, об'єкти інтелектуальної власності) та правові можливості щодо них у певний об'єкт – суб'єктивне право.

Створення корпорації призводить до виникнення корпоративних відносин між учасниками корпорації та корпорацією. Головним економічним змістом корпоративних відносин є відносини власності. Таким чином, передаючи майно до статутного капіталу, засновник корпорації набуває прав в межах корпоративних відносин. Суб'єктивні корпоративні права об'єктивуючись, наділяють суб'єкта певними повноваженнями (міновими цінностями) і виступають в обороті як цілісний об'єкт, як майнове благо, що має вартісну оцінку. Тим самим, сприяючи конструкцію «право на право», ми визнаємо приналежність блага визначеному суб'єкту, і, відповідно, – право власності на різновид безтілесного майна – корпоративне право. Отже, така вартісна субстанція як корпоративні права є об'єктом права власності учасників корпоративних відносин. Титульний володілець корпоративних прав набуває усіх повноважень власника щодо управління та розпорядження ними.

На сьогодні теорію корпоративних прав як оборотних вартісних об'єктів визнають переважна більшість науковців, що досліджують сферу корпоративного права. Ю. М. Жорнокуй зазначає, що одним із напрямів розширення кола об'єктів права власності є розробка та використання концепцій «безтілесного майна», під яким розуміють права, що мають вартість і грошову оцінку. Більше того, як зазначає автор, такі права у підприємницьких організаціях слід сприймати як один оборотоздатний об'єкт [1, с. 133]. В. Л. Яроцький висловлює презумпцію щодо розгляду сукупності правових можливостей, посвідчених цінним папером, як єдиного комплексного суб'єктивного права [2, с. 218].

Для корпоративної власності притаманні загальні ознаки власності, але очевидні особливості цього майна створюють передумови для виділення корпоративної власності як окремої субстанції абсолютного права – квазівласності. Саме ця категорія створена у

результаті схрещування і взаємопроникнення різних форм володіння, користування та розпорядження майном (майновими правами) в результаті створення корпорацій – виникнення складних правовідносин в межах яких відбувається не тільки виникнення нового суб'єкта – власника, але і передача йому у власність майна, а натомість – виникнення нової майнової субстанції власності – майнових корпоративних прав. На думку С. О. Сліпченка майновий характер цінності об'єкта проявляється в його економічній ціні. Об'єкт в економічному розумінні постає товаром, а майновий інтерес забезпечується можливістю отримувати з нього мінову вартість. Ціна в такому випадку формується виходячи з теорії цінності, тобто не з вартості (собівартості, видатків), а з попиту та пропозиції [3, с. 276].

Титульність власника на корпоративні активи посвідчується акціями, сертифікатами, свідоцтвами, витягами з реєстру, установчими документами. Кожен із цих правопосвідчувальних документів містить інформацію про відсоток корпоративних прав у майні корпорації – частку.

Коли ми ведемо мову про частки у корпоративній власності, то слід розуміти не частки у статутному капіталі, оскільки він цілком належить іншому суб'єкту корпоративних відносин і вплив на його режим є визначений учасниками, а об'єми економічних можливостей учасника. Вони є співвимірними до розміру їх вкладів, але можуть і перерозподілятися відповідно до їх домовленостей або відповідно до закону. Разом із об'ємом економічних можливостей учасників розподіляється і грошовий еквівалент та встановлюються ідеальні частки, які є необхідними для його визначення. Іншими словами, частка – це облікова одиниця, яка є визначальною при визначенні впливу на управління корпорацією при розподілі майнових благ корпорації, як в процесі її діяльності, так і в процесі ліквідації. Насправді ж частка є сукупністю прав учасника товариства, зазначає С. І. Шимон [4, с. 83–84]. Об'єктом права власності, а, відповідно, й об'єктом цивільних відносин є не сам документ – цінний папір, а права які ним посвідчуються.

Як ні в якому іншому, у корпоративному правовідношенні власності проявляється весь спектр повноважень, що складають зміст суб'єктивного права власника корпоративних прав. Слід відмітити, що у сучасних економічних реаліях звична для правників тріада повноважень власника є завузькою для характеристики усіх «власницьких можливостей». Особливо це яскраво проявляється тоді, коли ми переходимо до характеристики повноважень на інші (неречові) об'єкти прав.

З цього приводу, слід підтримати думку, висловлену в монографії С. І. Шимон, яка зазначає що вичерпний перелік повноважень щодо конкретного об'єкта не може бути встановлений на законодавчому рівні, оскільки владування особи над річчю дає можливість їй самій створювати для себе повноваження. Автор запропонувала власне бачення переліку повноважень суб'єкта-власника щодо майнового права як нематеріального об'єкта, зокрема: право владарювання (що означає належність особі певного права та контролю над ним), право здійснення (реалізація позитивного змісту права), права розпорядження (можливість відчуження права, передачі його іншій особі) [4, с. 83–84]. Погоджуючись із запропонованим, слід підкреслити, що для власника такого нематеріального об'єкта як корпоративне право особливо важливо виділити такі повноваження як управління та привласнення. Реалізація повноважень власника корпоративних прав через категорії управління та привласнення підкреслює особливе місце цього об'єкту серед оборотоздатних об'єктів цивільних прав та акцентує увагу на меті набуття його у власність.

Отже, така вартісна субстанція як корпоративні права є об'єктом права власності учасників корпоративних відносин. Приміряючи правовий режим права власності щодо «тілесних» та «безтілесних» об'єктів, слід констатувати дещо обмежені властивості

останніх. Повноваження власника корпоративних прав є дещо вужчими в порівнянні з абсолютністю прав власника у класичному розумінні і співвідносяться як загальне та особливе. Це пояснюється тим, що корпоративні права здійснюються в межах корпоративної правоздатності, яка є спеціальною щодо цивільної правоздатності.

Список бібліографічних посилань:

1. Жорнокуй Ю. М. Корпоративні конфлікти в акціонерних товариствах: цивільно-правовий аспект: монографія. Харків: Право, 2015. 532 с.
2. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): монографія. Харків: Право, 2006. 544 с.
3. Слипенченко С. О. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица: монография. Харьков: ФОРМ Мичурина Н. А., 2011. 336 с.
4. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2014. 663 с.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.711:004.738.5

Олена Сергіївна Кізлова,

професор кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»,

доктор юридичних наук, професор

ЕЛЕКТРОННИЙ ДОГОВІР ЯК ПРАВОВИЙ СПОСІБ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ

В останні роки найбільш динамічно розвиненим сегментом економічної активності господарюючих суб'єктів у всьому світі стає електронний бізнес або, як його ще називають, «електронна комерція», «електронна торгівля», електронна економічна діяльність. У доктрині застосовуються різні визначення «електронної торгівлі», яке частіше співвідноситься з поняттям «електронна комерція», але вважається більш вузькою категорією. Так, наприклад, одні автори розглядають електронну торгівлю як підсистему внутрішньої торгівлі та як вид особливої торговельної діяльності. У першому випадку електронна торгівля є «сукупність комерційних організацій, для яких оптові і роздрібні операції з купівлі-продажу товарів в електронній формі є основним і професійним видом електронної економічної діяльності. З точки зору комерційного права електронна торгівля як вид діяльності – це багатофункціональна професійна діяльність по формуванню товарних потоків, розширення і освоєння нових ринків збуту, встановлення міжнародних, регіональних договорних зв'язків по поставкам, накопичення товарних запасів тощо» [1].

Інші автори пропонують ототожнювати поняття «електронна торгівля» та «електронна комерція» [2].

Треті автори вважають, що поняття «електронна комерція» включає в себе поняття «електронна торгівля». Під електронною комерцією пропонується розуміти сукупність всіх операцій (не тільки торгових) між підприємцями і всіма їх контрагентами, що здійснюються за допомогою інформаційних технологій [3].

Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю 1996 року широко трактує поняття «electronic commerce», включаючи в нього як договірні (в тому числі підприємницького

характеру), так і позадоговірні відносини торгівельного характеру, що здійснюються з використанням електронних засобів [4].

В Директиві Європейського парламенту та Ради від 20 липня 1998 № 98/48/ЄС про внесення поправок в Директиву 98/34/ЄС дане поняття поширюється на будь-яку послугу, яка зазвичай надається на відстані за винагороду з використанням електронних засобів за персональним проханням її одержувача. Світова організація торгівлі (СОТ) визначає electronic commerce, як розподіл, маркетинг, продаж або постачання товарів і послуг за допомогою електронних засобів зв'язку [5].

Представники зарубіжної доктрини, відзначаючи, що поняття «electronic commerce» не має загального визначення, схильні включати в нього широке коло комерційних угод і відносин, що випливають з них та пов'язані з наданням товарів і (або) послуг за допомогою електронних засобів. При цьому застосування при укладанні угод електронних засобів автори часто обмежують використанням Інтернету та інших електронних мереж [6].

Для українського ринку електронної торгівлі важливим моментом стало прийняття Верховною Радою Закону України «Про електронну комерцію», який набув чинності 30.09.2015, орієнтиром для якого стала Директива № 2000/31/ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку» від 08.06.2000.

Цей закон врегулював низку аспектів, пов'язаних з договорами у сфері онлайн торгівлі, деталізувавши, окрім іншого, процес підписання електронних договорів. Хоча електронна комерція існувала в українському правовому полі й до цієї дати. Фундаментальні принципи електронної торгівлі отримали законодавче закріплення в Україні протягом 2004–2006 рр. у Цивільному кодексу України, Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», Закону України «Про електронний цифровий підпис» та внесенням змін до Закону України «Про захист прав споживачів». Крім того, у лютому 2013 року Верховний Суд України опублікував судову практику з розгляду цивільних справ про захист прав споживачів за 2009–2012 рр., де певна увага приділяється доказам укладення електронних договорів споживачами й таким чином визнається можливість укладення договорів з використанням Інтернету. Також питання електронної комерції регулюється в «Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом...», Директиві 97/7/ЄС «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах» від 20.05.1997.

Питання укладення договорів в електронній формі в науковій літературі не отримали досить широкого і повного висвітлення, що перш за все пов'язано з відносною новизною даного способу укладення договорів. Він набув широкого поширення тільки в 90-х роках минулого століття. Ця обставина обумовила той факт, що більшість наукових праць, присвячених окремим аспектам електронного документообігу відносяться до кінця ХХ століття і початку століття ХХІ.

У законі України «Про електронну комерцію» в статті 3 встановлені правові категорії у сфері електронної торгівлі. Так, Законом закріплено, що електронна комерція – це відносини, спрямовані на отримання прибутку, що виникають під час вчинення правочинів щодо набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, внаслідок чого в учасників таких відносин виникають права та обов'язки майнового характеру. Під «електронною торгівлею» Закон розуміє господарську діяльність у сфері електронної купівлі-продажу, реалізації товарів дистанційним способом покупцю шляхом вчинення електронних правочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.

Визначення електронного правочину також надається Законом України «Про електронну комерцію», під яким розуміється дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснена з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем (ст. 3 закону). Одним з видів електронного правочину є електронний договір.

Один з найбільш значущих позитивних моментів використання електронних засобів (договорів) в цивільному праві – велика економія часу, також дозволяє одночасно скоротити витрати і розширити число потенційних контрагентів. Стаття 207 ЦК України прирівнює до вчинених у письмовій формі правочинів, правочини, зміст яких зафіксований у кількох документах (зокрема листах), а також правочини, воля сторін яких виражена за допомогою електронного або іншого технічного засобу зв'язку. Стаття 11 Закону «Про електронну комерцію» фактично перефразовує ст. 207 ЦК України. Згідно з Законом, електронний договір – домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі.

Існує два види договорів, що укладаються через Інтернет:

- укладаються через Web-сайт (продаж товарів за допомогою інтернет-магазинів, надання різних послуг, наприклад фінансових);

- укладаються по e-mail.

Такі договори можуть укладатися між організацією і фізичною особою (так званим кінцевим споживачем, B2C), а також між юридичними особами (B2B). І так само, як і при укладанні договору звичним чином, клієнт і продавець стикаються насамперед з необхідністю дотримання порядку укладання договору, а саме – питаннями оферти (формальну пропозицію певної особи (оферента) певній особі (акцептанта) / особам або необмеженому колу осіб (публічна оферта) укласти договір, що містить всі його істотні умови) і акцепту (відповідь особи, якій адресована оферта, про її прийняття).

З розвитком торговельної діяльності через інтернет-ресурси стає поширеною форма укладення договору через мережі за допомогою здійснення певних конклюдентних дій: *click-wrap agreement* (угода, яка укладається шляхом натискання мишею) і *browse-wrap agreement* (угода, яка укладається шляхом використання веб-сайту).

Угода *click-wrap agreement* є договором, укладеним в електронній формі за допомогою натискання комп'ютерною мишею однієї зі сторін договору по кнопці «Я згоден», яка супроводжує текст такого договору. Англія, Німеччина, Італія, США, а також ряд інших країн визнають юридичну силу такого договору. Типовий закон прирівнює електронні договори і порядок їх укладення (зокрема за допомогою *click-wrap agreement*) за юридичною силою до письмових договорів [6]. Але, не завжди укладання договорів у сфері електронної комерції це не лише *click* та *tap*.

Вважається, що Закон «Про електронну комерцію», врегулював процес укладення електронних договорів на принципово новому рівні. Аналогічно Цивільному кодексу України, Закон використовує концепції оферти та акцепту, що є логічним, оскільки електронний договір, насамперед, є договором. Відповідно до закону України «Про електронну комерцію», електронний договір, укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаний у визначеному цим законом порядку, вважається таким, що за правовими наслідками прирівнюється до договору, укладеного у письмовій формі (п. 12 ст. 11 закону). Абзац другий ч. 2 ст. 639 ЦК України передбачає, що договір, який укладений за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, «вважається укладеним у письмовій формі».

У ст. 10–11 Закону детально прописано порядок укладення електронних договорів у сфері електронної комерції. Як і в інших цивільно-правових договорах, першою стадією

виступає оферта, яка обов'язково містить істотні умови договору та виражає намір особи, яка зробила пропозицію укласти електронний договір (надалі – оферент) вважати себе зобов'язаним у разі її прийняття. Особливістю електронних договорів є те, що і оферта, і акцепт направляються сторонами електронного договору в електронній формі. Електронний договір вважається укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти такий договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції (акцепту) в порядку, визначеному пунктом шостим ст. 11 Закону.

Список бібліографічних посилань:

1. Рассолов И. М. Электронная торговля и электронные платежи в свете нового российского законодательства. *Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата*. 2014. № 4. С. 98–99.
2. Алексеев И. Электронная торговля: правовые проблемы предпринимательской деятельности в Интернете. *Юрист*. 2000. № 3. С. 43–45; Терещенко Л. К. Правовое регулирование электронной коммерции. *Юридический мир*. 2001. № 10. С. 36–42.
3. Об электронной торговле: типовой закон ЮНИСТРАЛ 1996 г. URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf.
4. Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations. *Official Journal of the European Communities*. L 217, 05/08/1998. P. 0018–0026.
5. Перечень терминов, краткое описание процедур и договоренностей, принятых в рамках ВТО // Всемирная торговая организация: документы и комментарии/под ред. С. А. Смирнова. М., 2001. С. 126.
6. Савельев А. И. Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 183.

Одержано 28.04.2017

УДК 347.1

Роман Богданович Шишка,

в.о. завідувача кафедри галузевих правових наук
Київського університету права НАН України,
доктор юридичних наук, професор

ЩОДО УНІВЕРСАЛІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ПРАВА: МЕТОДОЛОГІЧНИЙ КОНЦЕПТ

Після другої світової війни розвиток суспільства характеризується глибокими змінами, що спричинені глобальними трансформаціями на мікро- і макrorівнях. Із зростанням загроз та небезпек вироблено універсум колективної безпеки, стандарти в певних сферах діяльності, а за ними форми економічного, політичного співробітника та його гуманітарного супроводу. Економічні, соціальні гуманітарні та інші стандарти прав людини, які передбачені міжнародними актами, об'єктивні економічні закономірності, а також свободи руху товарів, інвестицій, інтелектуальної власності та робочої сили зумовили потребу створення та підтримання єдиного правового простору у приватній сфері.

Це частина глобалізації – загального і багатогранного процесу, культурної, ідеологічної, економічної та правової інтеграції держав, державних об'єднань, національних інтересів

та етнічних єдностей, як об'єктивного явища сучасної цивілізації задля її майбуття. Вона характеризується такими аспектами: 1) інтернаціоналізацією; 2) лібералізацією, зокрема усуненням торговельних бар'єрів, мобільністю інвестицій та розвитком інтеграційних процесів; 3) вестернізацією, як екстраполяцією західних цінностей у світі; 4) детериторізацією як транснаціонального процесу зменшення значимості державних кордонів.

Проявились дві очевидні тенденції правового розвитку: перша це універсалізація права з метою створення загального правового порядку на основі позитивного досвіду вирішення назріваючих проблем і тактичних завдань. Її призначення – зближення міжнародного та національного права, застосування загальноприйнятих принципів і норм міжнародного права у внутрішньому праві; друга – диференціація права, посилення його прикладної ролі у визначенні механізмів вирішення національних проблем та, як наслідок, – прийняття законів під конкретне завдання (про види товариств і партнерств, нанотехнології, медіацію тощо). Йдеться про концепт¹ універсалізації приватного права як встановлення, регулювання та охорони і захисту приватних прав – основи створення єдиного правового простору у приватній сфері.

Сучасний етап глобалізації права характеризується переоцінкою пріоритетів правового регулювання, зростанням міжнародної і національних правових систем, інтернаціоналізацією правової науки як доктринальної основи цих процесів. Завдяки практики міжнародних судів різко неймовірно зросла роль міжнародного приватного права, що пов'язують із відродженням його фундаментального принципу – «верховенства права». Це забезпечує також еластичність права, завдяки якій згладжуються принципові розбіжності, встановлюються перехідні періоди для запровадження окремих положень норм міжнародного права.

Проблеми державно-правової уніфікації та універсалізації в доктрині розвинуті з позицій двох протилежних типів праворозуміння: юснатуралізму (природно-правового) та позитивізму (легізму). Проте більшість міжнародних правових актів, основних актів зарубіжних країн в результаті їх конвергенції мають положення, що стосуються як першого так і другого підходів. Це стало підґрунтя для виділення ще однієї концепції універсалізації, а саме синтетичної чи лібертарно-юридичної.

Універсалізацією розуміють як прагнення до цілісності, форму мислення, яке вважає універсум як цілісність та намагається з цього постулату зрозуміти і вивести одينية. Наразі глобалізація – побудова нової єдності світу, де провідним є інтенсивне поширення економіки, політики і культур розвинених країн у багатоманітному просторі зокрема відсталих країн та що розвиваються.

Для універсалізації приватного права більш придатна теорія юснатуралізму («природно-правового» праворозуміння), яка виходить із протиставлення права і закону та того що правом є змістовні вимоги природного права (справедливості). В її основі ідея про те, що всі існуючі правові норми повинні ґрунтуватися на об'єктивних началах, підставах, які не залежать від волі людини (суспільства). Вона спрямована на пошуки особливої реальності права, зведеної до реальності державно-владних установлень та тісно пов'язана з ідеалістичним світоглядом. При зміні останнього вона може мати певні відмінності.

¹ Полісемізм терміну «концепт» ми приймаємо за його правову основу тлумачення як: інноваційна ідея, що містить в собі творчий сенс; породження конкретної культури чи суспільства, що існує виключно в силу того, що люди згодні діяти так, ніби воно існує, або згодні слідувати певним умовним правилам чи вміст якогось поняття.

Окремі інститути цивільного права, зокрема деліктні зобов'язання побудовані все-таки на логістичній доктрині, що є правильним для позитивістського забезпечення майнових та окремих немайнових прав людини. Тож притаманний природному праву генетичний код забезпечує гуманізацію правопорядку як його смисл, в межах якого варіюються критерії оцінки правопорядку з огляду на можливий диспозитивізм та його кореляти.

Проявами універсалізації сучасного права є: гармонізація як приведення до єдиних стандартів нормативної бази в рамках національних правових систем, що забезпечує їх зближення в різних сферах, зокрема правотворчості, правозастосуванні, правоохоронній діяльності, правосудді; правова уніфікація як введення до національної правової системи держав нових, одноманітних правових норм, які регулюють певну сферу суспільних відносин. Насамперед йдеться про договірне регулювання суспільних відносин де достатньо типологічних та загальних уніфікованих правил та принципів. Такі уніфіковані акти або одноманітно регулюють суспільні відносини замість розбіжностей у національних законодавствах, або забезпечують основу для цього. Їх основою є двосторонні або багатосторонні міжнародно-правові акти універсального або регіонального характеру: конвенції, угоди або типові закони зокрема модельні кодекси, директиви та регламенти, що передбачають одноманітне застосування у їх державах-учасниках.

Не слід забувати і таку форму універсалізації права як поширення практики юридичних відділів транснаціональних компаній на всіх підрозділи. З одного боку вони відображають об'єктивні міжнародне приватне право (об'єктивна складова), а з другого політику ТНК та їх провідних юристів (суб'єктивна складова).

Практикується прийняття модельних рекомендаційних законодавчих актів, наприклад Модельного цивільного кодексу для країн СНД, в розробці проекту якого окрім вчених-цивілістів країн СНД приймали участь фахівці з Франції, Голландії, Великобританії, США.

В країнах ЄС проявом уніфікації правових норм є регламенти як джерело права ЄС, що на відміну від директив, є не лише обов'язковим для держав-членів ЄС, але й універсальними в межах всього ЄС. Згадані директиви мають рекомендаційний характер.

Гармонізації приватного права розглядається як більш м'яка чи уніфікація форма правової інтеграції, яка забезпечує правову інтеграцію, тобто має обслуговуючий характер.

Відносно самостійним напрямом універсалізації права є стандартизація взагалі, а у правовій сфері зокрема. Самі стандарти є правовими нормами, які встановлюють звичайні вимоги до об'єктів приватних прав. Правові стандарти, зокрема у сфері прав людини, забезпечують приведення національного права у відповідність до міжнародно-правових стандартів. Такі стандарти характерні для міжнародного гуманітарного права, насамперед щодо основних прав і свобод людини та їх забезпечення і захисту. Вони – орієнтири захисту прав і свобод людини в рамках національних правових систем.

Як засіб універсалізації права визнано імплементацію – здійснення комплексу заходів, які спрямовані на визнання юридичної сили і організаційне забезпечення здійснення міжнародних норм усередині держави. Імплементація як засіб універсалізації національного права припускає сприйняття і запозичення принципів і норм міжнародного права з подальшим впровадженням в рамках національної правової системи. Імплементація – виконання міжнародно-правових норм та включення їх у систему національного права. Вона охоплює інкорпорацію, коли юридичні формулювання міжнародних угод та договорів без змін входять до системи внутрішньодержавного права, трансформацію, коли має місце деякі зміни тексту без зміни його сенсу у відповідності з правовими традиціями юридичної техніки, та юридичну «відсилку», яка відсилає безпосередньо до першоджерела, тобто до міжнародного договору та угоди.

Серед вказаних засобів універсалізації приватного права виділяється адаптація права як ряд заходів законодавчого і організаційного характеру, що спрямовані на створення відповідних умов в рамках національного права, до наближення до регіональних і міжнародних правових стандартів. Вона наразі забезпечує відповідність національної правової системи України європейському праву (комунітарному праву).

В цивілістиці набув популярності термін «апроксимація» – засіб, який спричиняє універсалізацію національного права, як його наближення і зближення правових систем. Вона є поширеним прийомом інтеграції правових систем в умовах вільного ринку, інформаційної структури суспільства та комунікаційних технологій. Її ще іменують «регулятивною конвергенцією».

Розбіжності в адаптації норм міжнародного права в правовій системі держав-реципієнтів в умовах глобалізації проявили тенденцію конвергенції (гармонізації) міжнародного та національного права і напрацювання загальних, універсальних соціальних, економічних та правових цінностей. Останні стають предметом регулювання, охорони, а в разі необхідності і захисту галузей права. На цьому тлі формуються інтегровані галузі права, а ще більше спеціальні курси у вищих навчальних закладах, іноді навіть штучні.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.1

Олеся Олександрівна Отраднава,

професор кафедри цивільного права,

заступник декана з наукової роботи

та міжнародних відносин юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

доктор юридичних наук, доцент

ДОГОВІР ПРО ФІНАНСУВАННЯ СУДОВИХ ВИТРАТ У СПРАВАХ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ПОЗАДОГОВІРНОЇ ШКОДИ – НОВІТНИЙ ТРЕНД СУЧАСНОЇ ЄВРОПИ

Будь-який судовий процес – «задоволення», за яке треба платити. Подання позову до суду пов'язано із певними витратами, які іноді можуть досягати значного розміру. Позивач сплачує судовий збір, послуги адвоката або іншої особи, що надає правову допомогу, оплачує послуги експертів, процес збирання доказів зі свідків тощо. Відповідач також несе витрати на правову допомогу, а також інші витрати, пов'язані із його участю у судовому процесі.

Стаття 79 Цивільного процесуального кодексу України, крім судового збору, відносить до судових витрат витрати на правову допомогу; витрати сторін та їх представників, що пов'язані із явкою до суду; витрати, пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, експертів та проведенням судових експертиз; витрати, пов'язані з проведенням огляду доказів за місцем їх знаходження та вчиненням інших дій, необхідних для розгляду справи; витрати, пов'язані з публікацією в пресі оголошення про виклик відповідача. А якщо додати сюди витрати, які не мають безпосереднього грошового вигляду, але врешті призводять до втрати грошей (часові витрати, втрачені можливості тощо), то виходить, що вступ до цивільного процесу вимагає неабияких вкладень.

Зокрема це стосується позовів про відшкодування шкоди, де вимоги потерпілого можуть обчислюватися десятками або сотнями тисяч гривень, а також часто пов'язані із затратними процесуальними діями, як то встановлення рівня зменшення працездатності, психологічна або психіатрична експертиза у разі пред'явлення вимоги про компенсацію моральної шкоди, різноманітні експертизи для визначення розміру збитків при заподіянні шкоди майну тощо. Така витратність цивільного процесу може призвести до відмови потерпілого від звернення до суду, а відповідно і до залишення його прав та охоронюваних законом інтересів без захисту. Що суперечить меті існування деліктного права.

Зазначена проблема доволі сильно турбує європейських юристів – фахівців у сфері деліктного права. І як один із можливих шляхів її вирішення на сьогодні пропонується залучення третіх осіб до фінансування судових витрат у справах про відшкодування позадоговірної шкоди (Third Party Funding in Tort Litigation)¹.

Йдеться про те, що всі витрати, пов'язані із судовим процесом щодо відшкодування позадоговірної шкоди, буде нести третя особа (яку іноді називають «інвестором»). При цьому у разі виграшу процесу судові витрати будуть покриті відповідачем, що програв. А крім того, позивач сплатить «інвестору» винагороду у розмірі певного обумовленого проценту від суми виграшу.

Договір про фінансування процесу відшкодування позадоговірної шкоди відносить до ризикових договорів. Однак ризик тут оцінюється як подібний до інвестиційного ризику, коли, інвестуючи, особа розраховує отримати прибуток, однак певний ризик втрат залишається.

Подібні відносини між позивачем та «інвестором» серйозно обговорюються європейськими юристами та навіть були тематикою основної доповіді на 16 Щорічній конференції з Європейського деліктного права, що проходила у Відні 20–22 квітня 2017 р.² При цьому у якості позитивних моментів такого договору називалися покращення можливості доступу до правосуддя; сприяння більш відповідальному підходу до формулювання позовних вимог («інвестор» спочатку сам проаналізує можливість отримання відшкодування, і якщо оцінить її позитивно, то подібним чином її може оцінити і суд); сприяння встановленню більш адекватних сум витрат на правову допомогу («інвестор» «торгуватиметься» з адвокатом та не дасть йому завищувати свої гонорари); більш швидке та раціональне ведення судового процесу («інвестор» слідуватиме за якою сторін, підготовкою до процесу, аргументацією тощо).

Щодо недоліків фінансування судового процесу третьою особою, такими є поява трикутника «позивач – адвокат – інвестор», і відповідно втручання «інвестора» у ведення справи адвокатом та в участь у справі позивача.

Щодо вітчизняних реалій, то на сучасному рівні довіри до судової системи наврядчи можна говорити про появу охочих вкладати гроші у чужий судовий процес з метою отримання прибутку від отриманого позивачем відшкодування.

Однак проведення судової реформи, прагнення повернення довіри до суддів, оновлення суддівського корпусу рано чи пізно призведе до зміни ставлення суспільства до судового розгляду справ. І справи про відшкодування шкоди теоретично можуть стати об'єктом «інвестування». У такому випадку юриспруденція зіткнеться з рядом важливих питань, і зокрема з питаннями співвідношення свободи договору та правил цивільного судочинства.

¹ Willem H. Van Boom (ed.). *Litigation, costs, funding and behaviour. Implications for the law*. Routledge, 2017. 249 p.

² Willem van Boom. *Comparative Aspects of Third Party Funding in Tort Litigation*. URL: <http://www.ectil.org/ectil/Acet/Programme.aspx>.

Наприклад, однозначно виникне питання про реалізацію позивачем права змінити позовні вимоги, права відмовитися від позову. І яким чином це буде пов'язано із його обов'язком перед «інвестором». Також участь «інвестора» у цивільному процесі щодо відшкодування позадоговірної шкоди впливатиме на можливість та умови врегулювання спору за згодою сторін (як наслідок медіації або звичайної домовленості сторін). Бо позасудове врегулювання спору також має брати до уваги інтереси «інвестора» та його вклад у фінансування цивільного процесу. Відкритими залишаються питання як захисту «інвестора» від недобросовісного позивача (приховування ним фактів, що мають значення для вирішення справи, не своєчасні розрахунки тощо), так і навпаки – захисту позивача від «інвестора», який може повністю перебрати на себе стратегію судового процесу, ігноруючи позицію позивача.

Договір про фінансування судових витрат третьою особою (Third Party Funding in Tort Litigation) ще не увійшов в українську правову реальність. Однак цей договір де-факто існує у Європі та активно обговорюється європейською юридичною спільнотою. У зв'язку з цим, він не має залишитися поза увагою сучасних дослідників питань цивільних деліктів, договірної права, цивільного процесу. Українське суспільство має бути готовим до поповнення системи договорів договором про фінансування судових витрат, як тільки у країні виникнуть сприятливі для цього обставини.

Одержано 19.04.2017

УДК 347.62

Володимир Андрійович Кройтор,

професор кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, професор;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1849-5721>

ЗМІСТ ПРИНЦИПУ ПОЄДНАННЯ ГЛАСНОСТІ ТА МОЖЛИВОСТІ ЇЇ ОБМЕЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Національні процесуальні законодавства різних держав є досить різними, але все ж таки можливо визначити незмінні компоненти судового процесу, котрі, поряд із предметом захисту, характеризують правосудні засади судової діяльності і судової форми захисту [4, с. 97]. При цьому ця недостатньо досліджена проблема справедливо пов'язується з існуючим у законодавстві низки держав терміном «належа правова процедура» [6]. Так, ця процедура, на думку американських юристів, складається з двох елементів: оповіщення та слухання, тобто оповіщення всіх заінтересованих осіб про наступний розгляд їх справи і надання їм можливість брати участь в її розгляді. Член Верховного суду США Дуглас назвав оповіщення і слухання фундаментальними принципами належної правової процедури [1, с. 97]. Зазначене зумовлює необхідність звернення до дослідження змісту одного з основних принципів цивільного судочинства – принципу поєднання гласності та можливості її обмеження в цивільному судочинстві. Даний принцип з незначними особливостями відбивається у процесуальному законодавстві практично будь-якої держави і відомий також як принцип публічності. Його основу складають такі акти, як Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ст. 14), Європейська конвенція прав людини і

основних прав (ст. 6, 40) та ін., згідно з якими кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи. З урахуванням змісту зазначених актів дотримання принципу публічності Європейський суд з прав людини пов'язує з такими обставинами: 1) відкритістю судового розгляду в суді першої інстанції; 2) правом заявника бути особисто вислуханим судом з питань, що стосуються фактичної сторони справи, в суді будь-якої інстанції, яка розглядає питання факту; 3) забезпеченням загальнодоступності змісту (тексту) судового рішення, що приймається будь-якою інстанцією, шляхом його публічного оголошення, депонування його іншими способами [3].

Можливо назвати різні аспекти прояву принципу, що розглядається: від права сторін знати, що відбувається стосовно розгляду їх справи, і особисто бути присутнім при здійсненні процесуальних дій (гласність у вузькому значенні) до можливості сторонніх осіб бути присутніми при розгляді будь-якої цивільної справи і отримувати інформацію про діяльність судів іншими законними способами (гласність у широкому значенні). В юридичній літературі досить часто згадується про таку вимогу до правосуддя, як його транспарентність чи прозорість, яка за своїм змістом є ще ширшою, ніж гласність [2, с. 128–129].

При цьому у вітчизняному законодавстві гласність розуміється, в першу чергу, як відкритість судового розгляду (ст. 6 ЦПК), яка включає в себе дві відносно самостійні правомірності, пов'язані з можливістю отримання інформації, що відбувається в залі судового засідання. По-перше, це право будь-якої особи особисто бути присутнім у залі судового засідання і, по-друге, це право опосередковано знайомитись з ходом процесу через засоби масової інформації: як через офіційні видання органів судової влади, так і з матеріалів, що представлені засобами масової інформації.

Дія практично будь-якого принципу цивільного процесу може бути обмежена з тих чи інших підстав, що фактично є проявом балансу між приватними і публічними інтересами. У цьому плані не є винятком і принцип поєднання гласності та можливості її обмеження в цивільному судочинстві. Так, згідно зі ст. 6 Європейської конвенції прав про захист прав людини і основоположних свобод, судові рішення оголошуються публічно, однак преса та публіка можуть не допускатись на судові засідання протягом усього процесу або його частини з міркувань моралі, суспільного порядку або національної безпеки в демократичному суспільстві, а також коли цього вимагають інтереси суспільства неповнолітніх або для захисту приватного життя сторін, або – тією мірою, якою, на думку суду, суворо необхідно – за особливих обставин, коли гласність порушувала б інтереси правосуддя. Подібна норма міститься і в ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права.

Згідно українського процесуального законодавства (ст. 6 ЦПК), закритий судовий розгляд допускається у разі, якщо відкритий розгляд може призвести до розголошення державної або іншої таємниці, яка охороняється законом, а також за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, з метою забезпечення таємниці усиновлення, запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, або відомості, що принижують їх честь і гідність. Тобто в судових засіданнях закритий розгляд допускається, по-перше, в разі, якщо відкритий розгляд може призвести до розголошення відомостей, що складають державну або іншу таємницю, яка охороняється законом (обов'язкова підстава). Це імперативне правило, яке діє незалежно від ініціативи сторін і розсуду суду. І, по-друге, закриті судові засідання може бути проведено на задоволення відповідного клопотання особи, яка бере участь у справі, з метою забезпечення таємниці усиновлення, запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, або відомості, що принижують їх честь і гідність (ч. 3 ст. 6 ЦПК). Фактично це правило містить факультативну підставу.

Можна сказати, що зміст засади гласності цивільного судочинства складають правові вимоги, звернені безпосередньо до суду (процесуальний зміст принципу гласності) і положення, які закріплюють права громадян, що виникають у зв'язку з проведенням відкритого судового розгляду (публічність). У процесуальний зміст засади гласності судового розгляду цивільних справ, на нашу думку, входять такі елементи: найбільш повно гласність здійснюється у відкритому судовому розгляді, який, згідно з частиною другою ст. 6 ЦПК, є основним елементом змісту гласності судового розгляду цивільних справ; обов'язкове повідомлення про час і місце розгляду справи; повне фіксування судового розгляду цивільних справ технічними засобами; підстави та загальний порядок здійснення розгляду цивільної справи у закритому судовому засіданні; прилюдне оголошення рішень та ухвал, якими завершується розгляд справи.

Важливим елементом змісту засади гласності цивільного судочинства є підстави та загальний порядок закритого судового розгляду цивільних справ. Як уже зазначалось, зміст принципу гласності цивільного судочинства полягає в тому, що розгляд справ у всіх судах відкритий, за винятком випадків, коли це суперечить інтересам охорони державної або іншої таємниці. Закритий судовий розгляд також допускається за мотивованою ухвалою суду з метою запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, або відомості, що принижують їх честь і гідність, а також забезпечення таємниці усиновлення. Сама можливість суду проводити закриті судові засідання, як уже зазначалось, стосується проблеми обмеження дії одного з основоположних принципів здійснення правосуддя – принципу поєднання гласності та можливості її обмеження в цивільному судочинстві.

Постановка питання обумовлена тим, що в основі норм, які передбачають виняток з правил, що являє собою одне з основних демократичних досягнень, повинні бути вагомі підстави. Важливість розгляду цієї проблеми можливо продемонструвати на прикладі розгляду справ про всиновлення (удочеріння) дітей, коли ці підстави безумовно існують. Це і необхідність захисту інтересів усиновлювачів, які приймають непросте рішення прийняти в родину дитину з надією на те, що вона вважатиме їх своїми батьками, і, ґрунтуючись на цьому, вони зможуть побудувати спілкування з нею і її виховання. Це і необхідність захисту інтересів самої дитини, найбільш повне виховання і розвиток яких (особливо в ранньому віці) можливе лише у випадку, якщо вони впевнені в тому, що вони живуть у своїй рідній родині. Це і інтереси біологічних батьків, які можуть не бажати розголосу того, що вони були вимушені передати своїх дітей на всиновлення, і багато інших причин. У будь-якому разі закон, встановлюючи таємницю усиновлення, охороняє інтереси окремих осіб, і, перш за все, інтереси усиновителів. Винятково від них залежить, чи буде збережено таємницю в кожному конкретному випадку чи ні [7, с. 233].

Разом з тим, стосовно категорії справ, що розглядаються, то на практиці можливі численні ситуації, за яких не знайдеться жодної особи, яка зацікавлена у збереженні таємниці інформації про усиновлення дитини. І, відповідно, не буде абсолютно ніякої необхідності позбавляти заінтересованих осіб можливості отримувати інформацію про їх розгляд. Окрім небажання самих усиновителів зберігати таємницю відомостей про всиновлення, є ще випадки, коли зберігати цю таємницю неможливо і не потрібно. Наприклад, якщо усиновлюється дитина, що досягла віку та рівня розвитку, що може її висловити, і суд з'ясовує його згоду на всиновлення; якщо в усиновителів і того, кого всиновлюють, різна національність, а можливо, і раса, а також багато інших випадків [7, с. 233]. Відкритість даної інформації може бути вирішальним моментом при прийнятті потенційними усиновителями рішення про усиновлення дитини, особливо, якщо вся громадськість дізнається про інформацію про відомих і поважних членів суспільства.

Важливим є і те, що позиція усиновителя, яка виражена в заяві (чи її відсутність) про проведення закритого судового розгляду вносить визначеність стосовно того, збирається він зберігати даний факт у таємниці чи ні [7, с. 235]. Крім того, необхідно пам'ятати, що в усиновителів є як право на збереження таємниці усиновлення, так і конституційне право на розгляд їх справ у відкритому судовому засіданні. І логічно припустити, що вибір того, яким із даних взаємовиключних повноважень скористатись, має прийняти сам заявник (заявники).

Викладене приводить до висновку про те, що ст. 6 ЦПК, яка передбачає, що розгляд справ (і в разі розгляду справ про усиновлення) проводиться в закритому судовому засіданні залежно від наявності клопотання сторін, сформульована цілком слушно і не потребує відповідних змін. Як зазначено в аналізі судової практики у справах про усиновлення, що надійшли для аналізу судової практики, у клопотаннях стосовно закритого судового розгляду заявники зазначали про необхідність забезпечення таємниці усиновлення. Обґрунтованою є практика тих судів, які при проведенні підготовки справи до розгляду за наявності клопотання про закриті судові засідання постановляють мотивовану ухвалу про розгляд справи в закритому судовому засіданні (ч. 7 ст. 6 ЦПК) [5, с. 18].

Список бібліографічних посилань:

1. Никеров Т. И. Административно-процессуальное право США. *Государство и право*. 1997. № 12. С. 96–103.
2. Носырева Е. И. Значение и конституционно-нормативное содержание принципа гласности в гражданском и арбитражном судопроизводстве // *Юридические записки*. Вып. 19: Современные принципы гражданского права, гражданского процессуального и арбитражного права/под ред. Е. И. Носыревой, Т. Н. Сафроновой. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. С. 128–129.
3. Приходько И. А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. СПб.: Изд-во юрид. ф-та С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. С. 158.
4. Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира: справочник. М.: Юрид. лит., 1993. 256 с.
5. Судова практика у справах про усиновлення. *Вісник Верховного Суду України*. 2012. № 9. С. 15–23.
6. Удальцова И. В. Проблема судебного признания гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным. Харьков: Нац. юрид. акад. Украины, 1999. С. 12.
7. Шеменова О. Н. Пределы ограничения действия принципа гласности гражданского судопроизводства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей // Семейные правоотношения: вопросы теории и практики: материалы Междунар. конф. (Воронеж, 8 дек. 2006 г.)/под ред. О. И. Величковой, О. Н. Шеменовой. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2007. 333 с.

Одержано 13.04.2017

УДК 347.412

Наталія Володимирівна Федорченко,

завідувач кафедри цивільного права та правового забезпечення туризму
Київського університету туризму, економіки і права,
доктор юридичних наук, доцент

**ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ
ПРАВОВИХ ПОСЛУГ**

Останнім часом серед науковців-правників дискутується питання про правову природу договорів, які на практиці іменуються договорами про надання правових послуг. Прикладом

може слугувати висловлена в юридичній літературі пропозиція розмежовувати договори про надання правових послуг і договори на правове обслуговування. На думку Н. В. Козлової, за договором про надання правових послуг правова допомога надається шляхом надання послуг саме фактичного, а не юридичного характеру, оскільки сам по собі договір не породжує у виконавця зобов'язань щодо вчинення для замовника будь-яких правочинів чи інших юридично значимих дій. Натомість договір на правове обслуговування дослідниця кваліфікує як змішаний договір, у змісті якого зазвичай є елементи договору з надання послуг і доручення, коли, разом з фактичними консультаційними послугами, виконавець за дорученням замовника вчиняє правочини та інші юридично значимі дії [3, с. 40–50].

Вважаємо, що з цією точкою зору однозначно погодитися неможливо. Дійсно, головна мета надання правових послуг – сприяння реалізації, охороні й захисту прав та інтересів особи. Разом із тим, віднесення до дій фактичного характеру консультацій і довідок з правових питань як в усній, так і в письмовій формі, а до юридичних дій – представництво прав та інтересів замовника є помилкою, оскільки результатом як консультаційних послуг, так і представницьких послуг може бути виникнення, зміна чи припинення правових відносин. Водночас результатом надання представницьких послуг можуть бути не правові наслідки, а тільки фактичні дії, зокрема отримання інформації від акціонерного товариства, передача речі, отримання заробітної плати тощо [6, с. 184–184].

Досліджуючи нормативне регулювання діяльності з надання правових послуг, О. М. Щуковська під юридичним обслуговуванням розуміє трудові правовідносини юрисконсульта з підприємством [7]. Більше того, дослідниця розглядає договори з надання послуг, доручення, агентування і довірчого управління майном в якості видів договорів з надання правових послуг [8, с. 7].

Слід зазначити, що в юридичній літературі трапляються висловлювання з приводу змішаного характеру договору про надання правових послуг у тих випадках, коли до договору включаються умови про надання виконавцем замовнику матеріальних результатів його дій або діяльності (письмові консультації та роз'яснення, проекти договорів, заяв, скарг та інших документів правового характеру). Такий договір, на думку окремих вчених, містить елементи підряду та договору про надання послуг [2, с. 22–23].

Наведене обумовило законодавчу потребу у закріпленні в ч. 2 ст. 626 ЦК України класифікації цивільно-правових договорів на прості (унітарні) та складні (змішані). У цьому випадку до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

На думку В. А. Ойгензіхта, характерна особливість змішаних договорів полягає в тому, що в них все інтегрується в один комплексний об'єкт; у таких договорах виключається застосування норм, які належать не до даного інтегрованого договору [5, с. 6–7]. Виходячи з цього, до суттєвих ознак, що характеризують змішані договори, Р. А. Лідовець відносить поєднання елементів різних договорів і виникнення на цій основі двох і більше зобов'язань, до кожного з яких застосовуються правила про відповідний вид зобов'язань [4, с. 62]. Прикладом змішаного договору є агентський договір стосовно вчинення двох видів юридичних дій – придбання агентом в інтересах довірителя пакету акцій від власного імені, а також управління цими цінними паперами від імені довірителя. Тобто у наведеному прикладі прослідковується поєднання комісійних відносин та відносин представництва.

На нашу думку, наведені висловлювання вчених із приводу змішаного характеру договору про надання правових послуг є суперечливими, оскільки сучасне законодавство, яке регламентує надання послуг, уніфіковане для всіх суб'єктів цивільних правовідносин,

тому вказаний поділ цивільно-правових договорів про надання правових послуг є недоцільним. Також безпідставним є визначення трудових правовідносин юрисконсульта з підприємством як відносин правового обслуговування. Зазначені правовідносини, як слушно зазначає В. М. Богославець, регулюються трудовим законодавством і, як правило, оформляються трудовим договором. Оскільки трудове право не використовує термін «обслуговування», то його використання не сприяє правильному розумінню змісту таких правовідносин [1, с. 44].

Не менш дискусійним на сьогодні залишається питання розмежування понять «правова допомога» та «правова послуга». Не вдаючись у дискусію щодо пошуку критеріїв розмежування цих понять, вважаємо, що договір про надання правової допомоги як правочин є різновидом цивільно-правових договорів про надання правових послуг. Проте вказаний договір наділений і певними особливостями, такими як підвищена соціальна спрямованість та спеціальний суб'єкт. Тому правовідносини щодо надання правової допомоги, що виникають за призначенням, є публічними правовідносинами. Зважаючи на це, видається доцільним підтримати пропозицію щодо заміни законодавцем інституту призначення захисника договірними правовідносинами, що сприятиме ефективнішій реалізації конституційного права на правову допомогу громадян, а також дотриманню прав самих адвокатів.

Зважаючи на наведене, доцільно зазначити, що договір про надання правових послуг не сформувався як самостійний договірний тип. У зв'язку з цим питання про його правову природу не може бути однозначно вирішено. Тому відносини з надання правових послуг можуть бути опосередковані різними за своєю правовою природою цивільно-правовими зобов'язаннями (з надання послуг, доручення, агентування, довірчого управління майном тощо).

Отже, на підставі вищевикладеного, можна зробити висновок, що договірне правовідношення щодо надання правових послуг, будучи цивільно-правовим, володіє рядом особливих рис, що виділяють його з-поміж інших подібних зобов'язань. Такими рисами є: специфічний об'єкт, суб'єктний склад і предмет правовідносин щодо надання правових послуг. Крім того, правовідносини щодо надання правових послуг, будучи схожими з трудовими договорами, підрядом, творчими правовідносинами тощо, відповідають загальним правилам про послуги, тому немає підстав вважати їх змішаними зобов'язаннями.

Список бібліографічних посилань:

1. Богославець В. М. Договори про надання правових послуг: монографія. Івано-Франківськ: Вид-во Прикарпат. нац. ун-ту ім. В. Стефаника, 2009. 176 с.
2. Гражданское право: в 2 т.: учебник/отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2000. Т. 2, полуг. 2. 544 с.
3. Козлова Н. В. Договор возмездного оказания правовых услуг. *Законодательство*. 2002. № 3–4. С. 40–50.
4. Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Острог, 2004. 203 с.
5. Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: учеб. пособие. Душанбе: Изд-во Тадж. ун-та, 1984. 128 с.
6. Федорченко Н. В. Зобов'язання з надання правових послуг. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 184–188.
7. Шуковская О. М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. СПб., 2001. 213 с.
8. Шуковская О. М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. СПб., 2001. 19 с.

Одержано 14.04.2017

УДК 347.1

Сергій Миколайович Бєрвено,*професор кафедри цивільно-правових дисциплін**Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,**доктор юридичних наук, професор***ПРОТЕСТ ВЕКСЕЛЯ В НЕАКЦЕПТІ І НЕПЛАТЕЖІ**

Згідно ст. 44 УБЗ відмова від акцепту або в платежі має підтверджуватися засвідченим автентичним документом (протест у неакцепті або в неплатежі).

Протест векселя – це офіційно посвідчена вимога платежу або його неодержання. Треба зазначити, що протест векселя – нотаріальна дія, яка офіційно підтверджує факти, з якими пов'язане виконання певних правових наслідків. Така дія оформлюється актом протесту, тому що своєчасно не оплачений вексель втрачає значення особливого боргового зобов'язання. За цих умов силу вексельного права він зберігає лише шляхом своєчасного опротестування.

Метою протесту є створення умов для збереження прав зворотних вимог (регресу) до зобов'язаних за векселем осіб – трасанта, індосантів та їх гарантів (авалістів). Більш того, значення вчинення протесту векселя про неплатіж полягає в тому, що опротестований вексель з причин неоплати є підставою для вчинення на ньому виконавчого напису нотаріуса.

Існують наступні причини оформлення акту протесту: а) відмова платника від оплати векселя (протест векселя про несплату); б) відмова платника від акцепту (протест векселя про неакцепт); в) відмова акцептанта проставити дату акцепту (протест векселя про недатування акцепту).

Зазначимо, що протест векселя про несплату можливий для обох видів векселя (простого і переказного), в той час як протест векселя про неакцепт і протест векселя про недатування акцепту вчиняються лише стосовно переказного векселя.

Протест в неакцепті повинен бути здійснений протягом терміну, визначеного для пред'явлення векселя для акцепту. Якщо у випадку, передбаченому в першому абзаці статті 24 УБЗ, перше пред'явлення мало місце в останній день строку, то протест ще може бути здійснений наступного дня. Протест в неакцепті звільняє від пред'явлення векселя для платежу і від протесту в неплатежі. Протест в неплатежі за векселем, який підлягає оплаті на певну дату або в певний термін від дати складання чи від пред'явлення, повинен бути здійснений або в день, коли вексель підлягає оплаті, або в один з двох робочих днів, які слідують за днем, в який вексель підлягає оплаті (п. 3 ст. 2 Закону України «Про обіг векселів в Україні»). Якщо мова йде про векселі з терміном платежу за пред'явленням, то протест у неплатежі за нього повинен бути здійснений протягом терміну, передбаченого ст. 44 УБЗ для здійснення протесту в неакцепті.

В Україні виконавчі написи вчиняються нотаріусами (п. 18 ч. 1 ст. 34, ст. 36 Закону України «Про нотаріат»). Порядок здійснення протестів векселів встановлений розділом 33 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (затверджений Наказом Мініюсти України № 20/5 від 03.03.2004, зареєстрована в Мініюсті України 03.03.2004).

Протест векселя в несплаті вчиняється нотаріусом за місцем знаходження платника або за місцем платежу (доміцильований вексель, тобто векселі, які підлягають оплаті у

третьої особи); протест векселя в неакцепті або недатуванні акцепту – нотаріусом за місцем знаходження платника.

При скоєнні протесту векселя нотаріус складає акт про протест в несплаті або в неакцепті за встановленою формою і робить відповідний запис у реєстрі, а також відмітку про протест несплаті або в неакцепті на самому векселі.

Опротестований вексель видається векселедержателю або уповноваженій особі. На опротестований вексель нотаріус може вчинити виконавчий напис, яка відповідно до п. 7 ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження» підлягає виконанню державною виконавчою службою (тобто для стягнення суми платежу за векселем не потрібно звертатися в суд).

Отже, розглянемо порядок вчинення нотаріусом протесту векселя

Перший етап нотаріального провадження.

1. Стадія відкриття нотаріального провадження зводиться до отримання нотаріусом від векселедержателя (кредитора) письмової заяви про протест векселя у випадках відмови платника (доміциліста) оплатити вексель.

Зміст такої заяви передбачений підп. 4.13 п. 4 гл. 17 Порядку, у ній зазначається: повне найменування і адреса векселедавця (боржника), платника (доміциліата), векселедержателя (кредитора), вказуються відомості про вексель, який подається до опротестування, строк платежу за векселем, сума, що підлягає сплаті за векселем, причина опротестування, повне найменування і адреса, номери рахунків у банках, код за ЄДРПОУ – для юридичної особи, реєстраційний номер облікової картки платника податку – для фізичної особи (за наявності). Заява може містити інші додаткові відомості. Заява про протест векселя підписується векселедержателем (кредитором) та скріплюється печаткою (у разі наявності).

Додатком до заяви мають бути такі документи: – оригінал векселя (його копія, якщо це було передбачено самими учасниками вексельних правовідносин та про це є відповідні застереження).

Векселі передаються на опротестування з описом, у якому зазначаються такі дані:

1) докладне найменування і адреси векселедержателя, векселедавця, векселі якого опротестовуються, платника (доміциліанта); 2) вид векселів (простий чи переказний); 3) їх кількість, номери; 4) строк платежу цих векселів; 5) суми платежів; 6) докладне найменування усіх надписувачів та їхні адреси; 7) підстави опротестування, тобто несплатіж, неакцепт, не датування тощо. Крім окремого опису, векселі подаються нотаріусу під розписку (підп. 4.13. п. 4 гл. 17 Порядку).

Нотаріус при прийнятті оригіналу векселя має видати особі документ, який свідчить про таку передачу.

2. Підготовка до вчинення даного нотаріального провадження: Стадія підготовки даного нотаріального провадження зводиться до таких дій нотаріуса:

1) перевірки належності даного питання до компетенції конкретного нотаріуса;

2) перевірка правоздатності векселедержателя – юридичної особи; дієздатності фізичної та юридичної особи, встановлення відповідно їх особи та статусу, повноважень особи, яка безпосередньо звернулася із заявою про вчинення протесту векселя. Для перевірки нотаріусом правоздатності юридичної особи, яка звернулася до нотаріуса, їй необхідно надавати Статут або Положення тощо.

3) перевірки (визначення) місця вчинення протесту векселя.

4) перевірка строку пред'явлення векселя до протесту (платежу за векселем) – це період часу, протягом якого вексель повинен бути пред'явлений до оплати, тобто нотаріус перевіряє чи не сплинув строк на вчинення протесту векселя. Це обов'язковий реквізит векселя.

5) перевірка форми векселя на відповідність вимогам законодавства (достовірність векселю та його реквізити); чи правильно заповнено і підписано вексель; на яку суму видано вексель; які векселі йому подано – прості або переказні і чи мають вони всі необхідні реквізити, включаючи захисні властивості.

Подані векселі перевіряються нотаріусом з позицій їх юридичної достовірності, тобто правильності заповнення усіх обов'язкових реквізитів, повнота сплати вексельного мита, повноваження осіб, які підписали вексель, а також справжність цих підписів. У векселі мають бути усі реквізити, які встановлені законодавством про переказний і простий вексель, розробленого на основі Уніфікованого вексельного закону.

Векселі, які опротестовуються, повинні мати не менше двох підписів, тобто векселедавця і першого векселенабувача (кількість передаточних підписів свідчить про надійність векселя – чим більше, тим краще). В обов'язковому порядку треба перевірити безперервність передаточних індосаментів, визначити законність володіння векселем.

Законним власником векселя є та особа, на ім'я якої вексель виписано (перший набувач) або та, на ім'я якої вчинено останній іменний індосамент, або пред'явник, якщо останній індосамент є бланковим.

Нотаріусам треба дуже уважно підходити до векселів, які видані в інших державах, з позицій строгої відповідності їх вексельним законодавчим актам країни, де видано вексель. Якщо вексель написаний іноземною мовою, то нотаріус повинен вимагати або засвідчений нотаріусом переклад тексту векселя, або робити переклад за рахунок особи, що надала вексель до опротестування.

б) перевірки усіх реквізитів векселя, який пред'являється для протесту;

7) перевірки правильності сплати витрат за вчинення даного нотаріального провадження.

При поданні векселів до опротестування справляється: а) державне мито чи витрати за вчинення нотаріальної дії приватним нотаріусом; б) плата за оповіщення шляхом повідомлення зобов'язаних за векселем осіб.

Ці збори не повертаються навіть, якщо поданий для опротестування вексель залишається з будь-якої причини не опротестованим.

3. Стадія безпосереднього вчинення зводиться до:

1) внесення запису до реєстру вчинюваних нотаріальних дій;

2) пред'явлення (в день прийняття векселя до протесту) платнику або доміціліанту (особі, яка оплачує доміцильований вексель) вимоги про оплату (або акцепт) векселя, у якій зазначає про надходження заяви про протест векселя з усіма його реквізитами та пропозицією сплатити чи акцептувати вексель у певний строк або повідомити про оплату чи акцепт векселя (підп. 4.15 п. 4 гл. 17 Порядку). Це положення має реалізуватися шляхом передачі повідомлення платнику або доміціліанту щодо необхідності звернутися їм до нотаріуса для пред'явлення вимоги про оплату векселя у встановлені нотаріусом строки (підп. 4.16 п. 4 гл. 17 Порядку). Якщо вексель протестується в неплатежі, нотаріус вимагає від особи, проти якої протестується вексель, оплатити суму за векселем; якщо вексель протестується в неакцепті, нотаріус висуває вимогу акцептувати вексель; якщо вексель протестується в недатуванні акцепту, нотаріус вимагає проставити дату на акцепті.

В цьому повідомленні нотаріус має роз'яснити ті наслідки, які виникнуть у разі невиконання його пропозиції – вчинення протесту векселя.

Якщо платник (доміціліант) оплатить вексель, то він має надати нотаріусу, на наш думку, оригінали платіжних документів, з яких він має зняти копії. Тоді нотаріус не вчиняючи протесту, повертає вексель платнику з написом на самому векселі про здійснений платіж. Але при цьому мають перевірятися всі суми, які підлягають сплаті. Так само, відмітка про акцепт на переказному векселі з вказівкою всіх необхідних реквізитів, включаючи, дату

слугуватиме підставою для повернення векселя векселедавцю без протесту (підп. 4.17 п. 4 гл. 17 Порядку).

При цьому, робиться відповідний запис у реєстрі вчинюваних нотаріальних дій.

Можливим варіантом відповіді зобов'язаних осіб може стати повідомлення про знаходження їх заяви про визнання векселя недійсним тощо в суді, але в цьому випадку для застосування ст. 42 Закону нотаріусу мають бути надані відповідні документи, які б підтверджували цей факт.

На цьому перший етап нотаріального провадження щодо протесту векселя завершується. Другий етап починається: а) у день завершення, встановленого нотаріусом для відповіді зобов'язаних осіб, строку; б) цей етап може розпочатися із безпосереднього звернення до нотаріуса зобов'язаних осіб, раніше встановленого ним строку, для передачі необхідних документів.

Зрозуміло, що і ця стадія буде розпочинатися зі встановлення осіб, їх повноважень тощо, але реальні дії нотаріуса будуть обумовлюватися певними юридичними обставинами.

Зокрема, якщо відповідь не надійде або буде надіслана відмова оплатити або акцептувати вексель, то нотаріус оформлятиме відповідний протест векселя тощо. При цьому, дії нотаріуса щодо оформлення протесту векселя зводитимуться до таких:

1) складається акт про протест про неоплату або неакцепт за встановленою формою (у разі відмови платника оплатити або акцептувати вексель або якщо він не з'явився до нотаріуса);

2) робиться запис у реєстрі вчинюваних нотаріальних дій;

3) вчиняється відмітка про протест про неоплату або неакцепт на самому векселі.

Вчиняються протести у встановленій формі у двох примірниках, один з яких залишається у нотаріуса, який робить відповідний запис у реєстрі, а також відмітку про протест про неоплату або неакцепт на самому векселі і видає його векселедержателю або уповноваженій ним особі.

У справах нотаріуса залишаються: копія опротестованого векселя (чи копія з копії, коли протест вчинювався за копією) з відповідною відміткою про протест або опис опротестованих векселів, якщо такий подавався, з прикладенням як зразка копії одного опротестованого векселя; заява векселедержателя (кредитора) про протест векселя; опис векселів, що передаються на опротестування; примірник надісланої (переданої) боржникові вимоги про оплату або акцепт (оплата) векселя; інші документи, якщо такі були подані чи були необхідні для протесту.

Одержано 04.05.2017

УДК 347.68(477)

Лариса Васи́лівна Краси́цька,

професор кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9187-4445>

ПЕРЕВАГИ ТА РИЗИКИ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ

З набранням чинності Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. у цивільному обороті набуває поширення спадковий договір, який був запроваджений главою 90 ЦК

України. Відповідно до ст. 1302 ЦК України за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Якщо в перші роки існування такої правової конструкції, як спадковий договір, інтерес правників та учасників цивільних правовідносин до спадкового договору був незначним та обережним, то останнім часом спадковий договір набуває все більшого поширення, а в деяких випадках навіть є єдиною правовою конструкцією договору, яка може задовольнити прагнення та потреби відчужувача майна за договором. Проте спадковий договір все ж таки залишається ще тією правовою конструкцією, з якою пов'язують й певні ризики для сторін договору, що обумовлено, перш за все, недосконалістю правового регулювання спадкового договору.

Системний аналіз чинного цивільного законодавства України, судової та нотаріальної практики щодо укладення, виконання й розірвання спадкового договору надають підстави виокремити наступні переваги правової конструкції спадкового договору перед іншими правочинами в цивільному праві.

По-перше, спадковий договір не є одним із видів спадкування, тому на нього не розповсюджуються й певні обмеження, встановлені щодо спадкування за заповітом зокрема. Так, на відносини зі спадкового договору не розповсюджується правило про обов'язкову частку в спадщині, тому заінтересованість в укладенні спадкового договору може бути обумовлена тим, що саме спадковий договір надасть можливість відчужувачеві вирішити долю права власності на майно на випадок смерті так, що на це майно не зможуть претендувати ті спадкоємці, за якими закон передбачає право на обов'язкову частку в спадщині. У судовій практиці склався саме такий підхід. Так, абз. 1 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» передбачає, що перехід майна від відчужувача до набувача на підставі спадкового договору не є окремим видом спадкування, а тому на відносини сторін не поширюються відповідні правила про спадкування, в тому числі право на обов'язкову частку.

По-друге, відповідно до ч. 1 ст. 1303 ЦК України відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша особа, з чого можна зробити висновок, що відчужувачем у спадковому договорі може бути виключно фізична особа, оскільки тільки з моменту смерті відчужувача до набувача переходить право власності на майно відчужувача. У цьому аспекті Р. А. Майданик слушно наголошує, що спадковий договір, незважаючи на закріплення в книзі шостій ЦК України «Спадкове право» і «...тісний зв'язок з відносинами з приводу посмертного переходу майна...», є договором на випадок смерті, а не договором про спадкування [1, с. 96]. Саме цей чинник виділяє спадковий договір серед інших правочинів. Зокрема, за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність, проте згідно з ч. 1 ст. 722 ЦК України право власності обдаровуваного на дарунок виникає з моменту його прийняття. Отже, втрата права власності до смерті особи не завжди є прийнятною для відчужувача, у цьому сенсі спадковий договір представляє більший інтерес для відчужувача. Так само й щодо договору довічного утримання (догляду). Згідно зі ст. 748 ЦК України набувач стає власником майна, переданого йому за договором довічного утримання (догляду), відповідно до ст. 334 ЦК України, а ч. 3, 4 ст. 334 ЦК України передбачають, що право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним; права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону.

Отже, спадковий договір надає можливість відчужувачеві – фізичній особі передати право власності на майно іншій особі – набувачеві в разі смерті. При цьому відчужувач зберігає за собою до смерті право власності на це майно, чого, зазвичай, й бажає пересічний громадянин, щоб усунути можливі ризики, які можуть бути створені недобросовісною поведінкою набувача.

По-третє, укладення спадкового договору не створює додаткових перешкод й для призначення відчужувачеві субсидії на відшкодування витрат на оплату житлово-комунальних послуг. Враховуючи, що найчастіше на стороні відчужувача у спадковому договорі виступає особа похилого віку, то укладення спадкового договору й збереження за такою особою права звернутися за призначенням субсидії для відшкодування витрат на оплату житлово-комунальних послуг, придбання скрапленого газу, твердого та рідкого пічного побутового палива є важливим в умовах зuboжіння значних верств населення.

По-четверте, якщо майно, що передається за спадковим договором, належить особам на праві спільної часткової власності, то при посвідченні спадкових договорів правила забезпечення реалізації права купівлі частки у праві спільної часткової власності не застосовуються. На це акцентовано увагу й у п. 8.3 п. 8 глави 2 розділу II наказу Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України».

По-п'яте, якщо майно, що передається за спадковим договором, належить подружжю на праві спільної сумісної власності, то правова конструкція спадкового договору надає можливість подружжю укласти один спадковий договір, в якому на стороні відчужувача виступає такий суб'єкт як подружжя. Відповідно до ст. 1306 ЦК України предметом спадкового договору може бути майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, а також майно, яке є особистою власністю будь-кого з подружжя. Спадковим договором може бути встановлено, що в разі смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого, а в разі смерті другого з подружжя його майно переходить до набувача за договором.

По-шосте, на майно, яке є предметом спадкового договору, нотаріус накладає заборону відчуження у встановленому порядку, про що робиться напис на всіх примірниках договору. У разі смерті відчужувача на підставі свідоцтва органу державної реєстрації актів цивільного стану про смерть нотаріус знімає заборону відчуження (підпункти 8.7, 8.8 п. 8 глави 2 розділу II наказу Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України»). Як зазначають Ю. М. Козьяков та В. М. Марченко, уклавши спадковий договір, відчужувач втрачає лише право розпорядження майном в силу накладеної заборони відчуження, водночас продовжує володіти та користуватися ним, тобто експлуатувати відповідно до призначення, а також здобувати корисні властивості та доходи (наприклад, передати його в найм (оренду)) [2, с. 220].

По-сьоме, визначивши долю права власності на майно шляхом укладення спадкового договору, відчужувач вже не має права скласти щодо цього майна заповіт. Так, ч. 2 ст. 1307 ЦК України передбачає, що заповіт, який відчужувач склав щодо майна, вказаного у спадковому договорі, є нікчемним.

По-восьме, згідно зі ст. 1308 ЦК спадковий договір може бути розірвано на вимогу відчужувача або набувача. За змістом цього правила інші особи, у тому числі спадкоємці відчужувача, не можуть пред'являти вимоги про розірвання спадкового договору (абз. 5 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»).

По-дев'яте, на відміну від спадкоємця, який прийняв спадщину та відповідно до статті 1282 ЦК України зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора, на набувача за спадковим договором такий обов'язок не покладається (абз. 6 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»).

Не зважаючи на зазначені вище переваги спадкового договору перед іншими правочинами у цивільному праві, варто зазначити й ті ризикові моменти, з якими пов'язується укладення спадкового договору.

Одним із спірних питань є питання про сторони спадкового договору. В судовій практиці щодо сторін спадкового договору склався такий підхід: відчужувачем та набувачем за спадковим договором може бути як повністю дієздатна особа, так і особи, зазначені у статтях 32, 36 ЦК. Набувач за спадковим договором не відповідає за зобов'язаннями відчужувача (абз. 2 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»). Отже, судова практика виходить з того, що набувачем за спадковим договором може бути як повністю дієздатна особа, так і неповнолітня особа та обмежено дієздатна фізична особа. Згідно зі ст. 1303 ЦК відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша особа. Набувачем у спадковому договорі може бути фізична або юридична особа. Таким чином, визначаючи фізичних осіб як сторін у спадковому договорі, законодавець не вказує будь-яких обмежень щодо їх віку та обсягу дієздатності, лише акцентує увагу на тому, що на стороні відчужувача може бути у тому числі подружжя або один із подружжя. Натомість, для порівняння, визначаючи сторін в договорі довічного утримання (догляду), законодавець чітко вказує, що відчужувачем у договорі довічного утримання (догляду) може бути фізична особа незалежно від її віку та стану здоров'я (ч. 1 ст. 746 ЦК); набувачем у договорі довічного утримання (догляду) може бути повнолітня дієздатна фізична особа або юридична особа (ч. 2 ст. 746 ЦК). Вочевидь, чинне цивільне законодавство не встановлює обмежень щодо можливості дитини бути набувачем та відчужувачем права власності на майно за спадковим договором, але при укладенні спадкового договору необхідно враховувати вимоги законодавства щодо обсягу цивільної дієздатності малолітньої та неповнолітньої особи та включати до змісту спадкового договору ті умови (права та обов'язки), які може виконати набувач-дитина, маючи на увазі, що набувач у спадковому договорі може бути зобов'язаний вчинити певну дію майнового або немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття.

Спадковий договір як і будь-який правочин може бути визнаний недійсним за рішенням суду. Як зазначається в абз. 3, 4 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» спадковий договір може бути визнано недійсним із підстав, визначених нормами глави 16 ЦК. Вимогу про визнання недійсним спадкового договору може бути заявлено як відчужувачем та набувачем, так і іншою заінтересованою особою.

Багато проблемних питань існує при здійсненні контролю за виконанням спадкового договору. Частина 3 ст. 1307 ЦК України передбачає, що відчужувач має право призначити особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті. У разі відсутності такої особи контроль за виконанням спадкового договору здійснює нотаріус за місцем відкриття спадщини. Постає питання, який нотаріус буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору, зокрема, якщо припинено нотаріальну діяльність нотаріуса, що посвідчував спадковий договір; чи зобов'язаний (чи має право) інший нотаріус здійснювати контроль за виконанням спадкового договору тощо.

Список бібліографічних посилань:

1. Майданик Р. А. Спадковий договір у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. Хмельницький, 2007. № 2. С. 90–105.

2. Спадкове право. Практика застосування нотаріусами України/за заг. ред. В. М. Марченка. Харків: Страйд, 2012. 736 с.

Одержано 29.04.2017

УДК 347

Олександра Степанівна Яворська,

*завідувач кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
Львівського національного університету імені Івана Франка,
доктор юридичних наук, професор*

СУДЖЕННЯ ПРО МЕТОДИ

Галузевий підхід, в основу якого покладені два критерії розмежування – предмет та метод правового регулювання, залишається китом, на якому тримаються наукові дослідження, навчальний процес, практика застосування чинного законодавства. Якраз практика застосування, як живе втілення права, мабуть першою відкинула галузеві рамки. Досить сьогодні поглянути на IT-сферу. Навіть біглий погляд на рутинну роботу юриста IT-ої компанії вразить своєю прагматичністю. Договір про створення комп'ютерної програми, за яким IT-шник – ФОП, замовник – нерезидент, укладений за кращими зразками договірної практики без договірного права України з підсудністю штату Каліфорнія, оскільки за законодавством цього штату допустимою є умова про нерозголошення... Нічого неясно? Якраз усе чітко. Можемо констатувати дію принципу свободи договору. Тільки якісь неясні сумніви залишаються. Тільки їх уже важко розв'язати з точки зору мети, завдань, методології наукового дослідження.

Практика оперує поняттями численних прав: IT-право, страхове право, освітянське право, інформаційне право, корпоративне право, інтелектуальне право, медичне право, транспортне право тощо. Не думаю, що у цей ряд треба поставити саркастичне «трамвайно-тролейбусне» чи «банно-прачечное право» О. С. Йоффе. Адже це було сказано у роки, коли про приватноправову сферу говорити не доводилось. Її не існувало. У кращому разі – особиста власність, що мала єдиним джерелом суспільне виробництво і лише наприкінці 80-х з'явилося неспівмірне поняття: приватно-трудова власність. Визнати приватну власність на законодавчому рівні було питанням політичним. Сьогодні ситуація кардинально змінилася. Приватноправова сфера стрімко розвивається (в окремих сферах для окремих суб'єктів спостерігаємо абсолютну, без будь-яких меж та правил, приватну свободу і особи, і її власності). Що ж ми відповідаємо на практичні запити, зумовлені об'єктивним характером, динамікою суспільних відносин? Здається, що і надалі продовжуємо бовтатися у якихось формальних приписах, прагнучи до чистоти предмета та метода правового регулювання. Наукові дослідження можуть вестися тільки у межах окреслених науковими спеціальностями. Якщо молодий початківець-науковець порушить цю вимогу, то наразиться на непотрібні ризики. Це попри проголошену свободу творчості, у тому числі – наукової. Погляди на систему права не змінилися, як і сама система. Такий стан проектується на стан наукових досліджень, навчальний процес.

Інформаційне право «роздрте» між приватним та публічним. Те саме можна сказати про медичне, освітянське та інші, до них подібні, «права». Страхове, біржове, транспортне права (і не тільки) вписуються у кращому разі у декілька годин у рамках курсу «Цивільне право». Не кажучи про модернове ІТ-право, яке нікуди «вписати». Універсальне пояснення – характеризувати їх як комплексні галузі законодавства. Хоча, зрештою, вони існують і без такого пояснення.

Видається, що міркування про право як регулятор суспільних відносин вибудовані методологічно неправильно. Є правова система держави, є система нормативно-правових актів. Безперечно, що вона має будуватися на певних засадах власне як цілісна система. Але під потреби цієї системи «підлаштовуються» суспільні відносини. Погляди законодавця спрямовані у напрямі – з права на суспільні відносини. Можливо вектор варто спрямувати у інший бік – від суспільних відносин до права. Право для людей, для суспільних відносин. А не навпаки.

Авангардний напрям чи актуальна теза – про гармонізацію, імплементацію, уніфікацію, удосконалення чинного законодавства. За усіма цими процесами губиться національна ментальність, самотність. За ілюзією гармонізації приховується реальний розрив між тим, що говоримо і тим, що чуємо та бачимо. Можливо давайте виконувати хоч частину з того, що прийнято. Не можна видавати за свої чужі стандарти, що формувалися, розвивалися на іншому ґрунті, в інших «кліматичних» умовах. В умовах глобалізації право втрачає кордони. Але потреби в уніфікації правового регулювання мають урахувати реальний стан суспільства, його економічні, соціальні, ментальні, національні реалії. Процеси нормотворення повинні проходити з урахуванням реалій сьогодення. В ідеалі законотворча робота має здійснюватися з урахуванням перспектив розвитку суспільних відносин, але і не може йти у відрив від практики застосування. Власне взаємозв'язок, взаємодоповнення цих процесів має починатися у тому числі з методології викладання права.

На сьогодні ситуація виглядає так, що учасники освітнього процесу позбавлені проблем, пов'язаних з доступом до інформації. Розмаїття джерел у цифровому середовищі дозволяє отримати щось про все (для окремих споживачів освітніх послуг Google – джерело джерел. На жаль, це теж реальність). Дещо відстає друкована продукція, особливо монографічні та навчальні видання. Їх автори, обплутані формалізованими вимогами ведення наукових досліджень у межах спеціальності, зачасти не можуть підняти завісу та вийти за ці межі. Відтак, «творчі» муки з доведенням актуальності, наукової новизни..., їх може оцінити споживач відповідної інформації. Якщо викладене його зацікавило, то він не стане вникати у авторське обґрунтування актуальності, новизни, результативності.

За такого розмаїття джерел інформації змінюються акценти у навчальному процесі. Звичайно, що жоден найдосконаліший, надпотужний, надрозумний, комп'ютер не замінить живого спілкування з викладачем, але яким? Науково-педагогічний працівник має стати провідником у лабіринті інформації, просіяти, обговорити, подати потрібне у формі творчої дискусії, тоді закріпити вивчене і поставити оцінку (без цього не обійтися). Студент більше заклопотаний добуванням bitcoin, ніж знань, істинної інформації. Здобута інформація можливо його не прогдоує, як зрештою і bitcoin. Але вищеосвітнянські реалії, на жаль, засвідчують, що договір про надання освітніх послуг сприймається дуже буквально – диплом з розтермінуванням платежів. Парадоксальність ситуації полягає у тому, що той, хто надає такі послуги (науково-педагогічний працівник) за таким договором нічого і не отримує (про зарплату якось не прийнято говорити). Чогось особливого не отримує і інша сторона. Труднощі у працевлаштуванні як наслідок відсутності будь-якого зв'язку

між освітнім процесом та ринком праці, відсутність системних знань. Наслідки для усіх. Кращі подаються за кордон, не виключене працевлаштування і тут. Але чи правильно це – менеджер з продажу (просто продавець у МАФі) з університетською освітою? Хоча чому б і ні: зі знаннями іноземної, економіки, менеджменту, маркетингу, якщо ці знання необхідні для роботи, кар'єрного росту. Але дипломи про вищу освіту для усіх і кожного на комерційній основі – це вже щось інше. А обов'язок бути кандидатом наук (доктором філософії, а то й доктором без філософії)?

Навчати чогось у будь-якій сфері може тільки кращий з кращих. І такий кращий не тому, що є науково-педагогічним працівником, а тому, що досягнув рівня бути кращим. Уже сьогодні намітилася тенденція, що ні кращий з кращих, ні просто кращий не хочуть науково-педагогічного хліба. Причини різні, але одна з них – про яку не прийнято говорити. А інші? Вчитаймося у рядки законів, що безпосередньо урегульовують статус науково-педагогічного працівника. Його визначення наведені і у ст. 53 Закону України «Про вищу освіту» і у п. 25 ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність». Зазначені визначення змістовно дещо відрізняються, фактично доповнюючи одне одного. Поняття «науково-педагогічний працівник» визначено через інше поняття «вчений». Це визначення, як і визначення поняття «молодий вчений», знаходимо у цьому ж Законі. Їх порівняльний аналіз може призвести до парадоксальних висновків. Просто вчений – фізична особа, яка може й не мати освіти, наукових ступенів, звань, але проводить наукові дослідження та отримує результати, а до молодого вченого, окрім віку, ставиться низка вимог.

Відповідно до ч. 2 ст. 56 Закону «Про вищу освіту» робочий час науково-педагогічного працівника включає час виконання ним навчальної, методичної, наукової, організаційної роботи та інших трудових обов'язків. Хоча у Законі і регламентована тривалість робочого часу науково-педагогічного працівника – 36 годин на тиждень та максимальне навчальне навантаження на одну ставку науково-педагогічного працівника не може перевищувати 600 годин на навчальний рік, процеси наукової творчості ніколи не можуть «вписатися» у механічні часові рамки. Норми часу навчальної роботи у вищих навчальних закладах державної та комунальної форми власності визначаються центральним органом виконавчої влади у сфері освіти і науки за погодженням із заінтересованими державними органами. Норми часу методичної, наукової, організаційної роботи визначаються вищим навчальним закладом та тільки такі показники не відображені ні в режимі робочого часу, ні в навантаженні науково-педагогічного працівника. Як наукова, так і методична робота залишаються поза регулюванням робочим часом чи навчальним навантаженням, а відтак і результати такої роботи не впливають на оплату чи інші форми заохочення навчально-педагогічних працівників.

Освітній процес, відповідно до ч. 1 ст. 47 Закону «Про вищу освіту», визначено як інтелектуальну, творчу діяльність у сфері вищої освіти і науки, що провадиться у вищому навчальному закладі (науковій установі). В основі організації вищої освіти покладено, серед інших, принцип академічної свободи як самостійність і незалежність учасників освітнього процесу під час провадження педагогічної, науково-педагогічної, наукової та/або інноваційної діяльності, що здійснюється на принципах свободи слова і творчості, поширення знань та інформації, проведення наукових досліджень і використання їх результатів та реалізується з урахуванням обмежень, встановлених законом.

Права науково-педагогічних працівників визначені у ст. 57 Закону. А от провадження наукової діяльності визначене як їх обов'язок (п. 1 ст. 58 Закону). Права вченого як основного суб'єкта наукової і науково-технічної діяльності визначені нормами ст. 5 Закону «Про наукову і науково-технічну діяльність». Серед інших вчений має право отримувати належні

стимулювання та мотивацію до наукової і науково-технічної діяльності, орієнтовані на об'єктивну оцінку реалізації конкретних завдань за кінцевим результатом (п. 8 ст. 5 Закону). За відсутності юридичного обов'язку зобов'язаних суб'єктів забезпечити таке право та за відсутності будь-яких юридичних механізмів його забезпечення і здійснення реалізація такого права є проблематичною. Більше того, закріплення права без механізмів його реалізації, носить чисто декларативний, популістський характер.

Революції в освітньому процесі мають бути оксамитовими. Але навчальний розклад правових дисциплін має змінюватися відповідно до запитів сьогодення. На жаль, суб'єкт наукової творчості, навіть дуже свідомий і відданий справі, подолавши усі формальні приписи щодо «знати», «вміти», «методи контролю», «шкала оцінювання», складання та заповнення різноманітних таблиць тощо, в умовах метаморфозної комерціалізації наукового та навчального процесів, коли хронічно ні на що не вистачає коштів, може втратити інтерес до такої творчості і своєї ролі у ній.

Обговорення актуальних теоретико-прикладних проблем – звичний стан для наукової спільноти. Але як часто нас чують та як часто є що послухати. Інколи за окремими проблемами губиться щось вагоме. Можливо висловлені судження на сьогодні є такими для автора.

Одержано 26.04.2017

УДК 347.1

Анатолій Володимирович Коструба,

професор кафедри цивільного права

навчально-наукового юридичного інституту ДВНЗ

«Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»,

доктор юридичних наук, доцент

ТЕОРЕТИЧНІ РОЗДУМИ ЩОДО ПОНЯТТЯ СУБ'ЄКТА ПРАВА

Сучасна цивілістична доктрина успадкувала від марксистсько-ленінської теорії цивільного права позитивістське бачення інституту правосуб'єктності. В його підґрунті пріоритет юридичної форми над соціальним змістом. Суб'єкт права – це даність, яка виникає в силу закону та відповідно до закону. Крім того, її положення ґрунтуються на тому, що суб'єкт права це не об'єктивна правова реальність, яка обумовлена соціальною природою явища, а нормативно визначена категорія, існування якої в правовідносинах обумовлено волею пануючого класу в межах певної економічної формації.

Так, вчений радянського періоду розвитку вітчизняної юридичної науки А. В. Мицкевич свого часу зазначив, що визнання особи або організації суб'єктом радянського права відбувається в силу поширення на таку особу або організацію дії радянських законів. «...Конституція СРСР, різні законодавчі акти, що передбачають правове становище громадян, державних і громадських організацій, вже в силу своєї дії, незалежно від участі особи або організації в конкретних правовідносинах породжують для громадян і організацій якість правосуб'єктності. Кожен суб'єкт права в силу самої дії закону або, як часто говорять – «безпосередньо із закону», т. е. незалежно від участі в тих чи інших правовідносинах, володіє певним комплексом прав і обов'язків...» [1, с. 11].

На думку О. О. Красавчиків, «...політично пануючий клас (його інтереси) диктує, якими політичними, економічними, організаційними та іншими свободами можуть користуватися члени суспільства, соціальні групи або, навідь цілі класи, який борг покладається на них перед суспільством (державою). В силу цього, свобода, на думку пануючого класу, та відповідний соціальний борг знаходить своє визнання, закріплення або заперечення в правових актах держави, які виражають волю пануючого класу. Правосуб'єктність як специфічна соціальна здібність громадян та організацій бути суб'єктом цивільних правовідносин є один з видів цивільно-правової форми, яка є встановленими державою в правових нормах межами юридично можливого або необхідного образу дій осіб...» [2, с. 30–33, 36]. Визнання особи суб'єктом права виникає як результат поширення на її дії закону.

Переконалий, що вагому роль в формуванні підходу до розуміння природи суб'єкту права з позицій юридичного позитивізму, на певному етапі розвитку цивілістичної думки, мали ідеї вульгарного матеріалізму. В його основі сприйняття об'єктивної реальності виключно як форми існування матерії, відхиляючи специфіку свідомості. Так, спрощення сприйняття змісту багатьох категорій в цивілістичній матерії, наприклад, призвело до спроби пояснити правову природу юридичної особи через теорію колективу (А. В. Венедиктов), теорію директору (Ю. К. Толстой), теорії цільового майна (Є. О. Суханов) тощо. Такий підхід є хибним. Сутність правосуб'єктності розкривається в здатності особи бути активним учасником соціальних комунікацій, а не в їх нормативному закріпленні. Така здатність особи конфігурує у неї природне право, яке може і має бути реалізовано. Це право не залежить від волі законодавця. В такому разі право стає виміром гарантованої можливості власної реалізації особи у відносинах з іншими. В результаті цього, суб'єкт отримує правові можливості своєї діяльності.

Нажалі філософське розуміння суб'єкту розкриває його юридичну сутність лише в загальних рисах, як форму власного ставлення особи до предмету діяльності. *Сприйняття такого надає нам теоретичного виправдання призначення імператором Калігулою сенатором свого коня Інцита.* Однак, суб'єкт не є виключно фізичною реальністю. Це абстрактний порядок. Його апіорність є активним засобом комунікації в соціальному середовищі. Ця дійсність є дифузійною таких ознак та властивостей суб'єкта, які забезпечують його функціональність в об'єктивній реальності права.

Таку функціональність надає ознака інтересу, волі суб'єкта та його індивідуальна відокремленість.

Подібно тому, що «...право існує не для того, щоб здійснити ідею абстрактної правової волі, а для того, щоб слугувати інтересам, потребам, цілям обороту...» [3, с. 552], так і суб'єкт прагне забезпечити власний інтерес через свою діяльність. Будучи опосередкованим природним правом інтерес включає до себе прагнення в задоволенні потреб особистості як відображення ступеня індивідуальної свободи яка не має відповідній фізичної форми свого вираження.

У загальносоціологічному значенні категорія «інтерес» розуміється як об'єктивно існуюча і суб'єктивно усвідомлена соціальна потреба, як мотив, стимул, збудник, спонукання до дії; у психології – як ставлення особистості до предмета, як до чогось для неї цінного, такого, що притягує [4]. Отже, інтерес специфікує суб'єкта права через формування у нього можливості самореалізації.

Не зважаючи на численну критику вчених (Р. Ієрінг, Л. Петражицький, Є. Трубецькой, О. Іоффе) вольової теорії права (К. Савін'ї, Б. Віндшейд), зазначимо, що воля як феномен керування суб'єктом власною діяльністю та поведінкою є ключовою для формування цілей та концентрації внутрішніх зусиль на їх досягнення.

Безспірно, що при дослідженні цього питання слід відійти від суто психологічного розуміння волі в контексті суб'єктно-діяльній концепції С. Рубінштейна, який розглядав волю, як здатність, за допомогою якої розум робить вибір своїх цілей в діях та керує зусиллями на виконанні своїх прагнень [5, с. 173]. Наведений підхід дозволяє оминати розумні зауваження критиків в контексті відсутності волі у малолітніх та юридичних осіб.

В цьому разі, воля інтерпретується як продукт зовнішньої детермінації, природа якої розуміється не тільки фізіологічно, психологічно чи соціально. Воля іманентна суб'єкту як носію предметно-практичної діяльності і характеризується відповідною можливістю його активності, скерованої на об'єкт дослідження, яка генерується певним інтересом. Таким чином, воля є суть ідеї раціональної свободи. Вона завжди присутня суб'єкту. Але можливість її прояву (волевиявлення) може належати третім особам, які діють в інтересах суб'єкта.

Ознака індивідуальної відокремленості є сукупністю характерних особливостей особи, його унікальності, що забезпечує відповідну суб'єктну індивідуалізацію. Це певний атрибутивний ряд, який розкривається через персональні данні про особу, за допомогою чого індивід відрізняється від інших. Суб'єкт права є формою комунікативної рефлексії.

Наведені ознаки суб'єкта права є умовою його правосуб'єктності як форми реалізації правоздатності та дієздатності. За посередництвом наведеного, під суб'єктом права ми розуміємо соціальну реальність (особу), зміст і характер якої не вичерпується виключно фізичними рисами, а може також мати абстрактний образ свого існування. Для суб'єкта права важлива не зовнішня форма. Він завжди розглядається як сукупність ознак, які характеризують таку властивість суб'єкта, за посередництвом якої забезпечується його вплив на результативність правового регулювання суспільних відносин. Наведений підхід надає суб'єкту права можливість в поліваріативних формах свого існування, забезпечити дію механізму правового регулювання (як фізична особа, юридична особа, держава, а також територіальна громада).

Отже, суб'єкт права це особа яка є носієм суб'єктивних прав і юридичних обов'язків як результат індивідуалізованої вольової активності в забезпеченні реалізації власного інтересу в суспільних відносинах.

Список бібліографічних посилань:

1. Мицкевич А. В. Субъекты советского права. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1962. 212 с.
2. Красавчиков О. А. Гражданская правосубъектность как правовая форма // Категории науки гражданского права. Избранные труды: в 2 т. М.: Статут, 2005. Т. 2. 494 с. (Классика российской цивилистики).
3. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М.: Статут, 2000. 777 с. (Классика российской цивилистики).
4. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 (справа про охоронюваний законом інтерес). *Голос України*. 2005. № 10.
5. Рубинштейн С. Л. Бытие и сознание // Избранные философско-психологические труды. Основы онтологии, логики и психологии. М.: Наука, 1997. 565 с.

Одержано 28.04.2017

Іван Романович Калаур,

завідувач кафедри цивільного права і процесу

*Тернопільського національного економічного університету,
доктор юридичних наук, доцент*

СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ОБ'ЄКТИВНА ОСНОВА ЗДІЙСНЕННЯ ТА ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Право є мистецтвом справедливості [1]. Вперше категорія «справедливість» разом з двома іншими «добросовісність» і «розумність» були визначені як загальні засади цивільного законодавства України у ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Об'єктивація цих принципів, зауважують розробники проекту ЦК України, має велике значення для функціонування всієї системи приватного права тому, що вони: по-перше, акумулювали в собі не тільки наведені вище засади, а й інші принципи цивільного права. По-друге, застосування всіх інших принципів цивільного права не має призводити до несправедливого, нерозумного та недобросовісного результату. По-третє, саме ці принципи є основною сутністю права та вказують на його природне походження [2].

Введення до ЦК України таких правових засад, як справедливість, добросовісність та розумність є також одним із важливих кроків наближення вітчизняної правової системи до європейських та світових стандартів, адже пройшовши тривалий історичний шлях нормативного вираження, вони знайшли своє безпосереднє закріплення у законодавстві європейських країн, наприклад у Франції, Німеччині, Італії, Нідерландах. Окремі з цих принципів знайшли відображення у Принципах міжнародних комерційних договорів, затверджених Адміністративною радою Міжнародного інституту уніфікації приватного права (Принципи УНІДРУА), Правилах ІНКОТЕРМС та інших міжнародних документах [3].

Вважається, що добросовісність є внутрішнім критерієм, в той час як справедливість і розумність – зовнішнім або об'єктивним мірилом якості права [4].

Принцип справедливості у цивільному праві, як інші галузеві принципи, є позитивним зобов'язанням, сутність якого виражається у тому, що учасник цивільно-правових відносин повинен діяти домірно правам та законним інтересам інших учасників цих відносин, при здійсненні ним суб'єктивних прав і обов'язків. Визначивши цей принцип однією із загальних засад сучасного цивільного законодавства, законодавець у ЦК України неодноразово звертається до цієї категорії, намагаючись на законодавчому рівні обумовити паритетність інтересів у різних сферах приватно-правової діяльності. Так, у ч. 3 ст. 23 цього кодифікованого акту, зроблено застереження, що суд при визначенні розміру грошового відшкодування моральної шкоди повинен враховувати вимоги розумності та справедливості. Втім, ще до прийняття ЦК України, подібну правову позицію зайняв Пленум Верховного Суду України у постанові № 4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [5], зазначивши у п. 9, що «розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд визначає залежно від характеру та обсягу страждань (фізичних, душевних, психічних тощо), яких зазнав позивач, характеру немайнових втрат (їх тривалості, можливості відновлення тощо) та з урахуванням інших обставин. ... При цьому суд має виходити із засад розумності, виваженості та справедливості». Власне бачення, щодо розуміння неприпустимості порушення принципу справедливості при визначенні розмірності грошового відшкодування моральної шкоди

виклав Верховний Суд України в рішенні від 18.11.2009 у справі № 6-12041св09. Суд відзначив, що розмір відшкодування моральної шкоди має бути не більш, аніж достатнім для розумного задоволення потреб потерпілої особи і не повинен призводити до її збагачення. Тому, виходячи із засад розумності, поміркованості і справедливості, враховуючи характер та обсяг моральних страждань, які зазнав позивач у зв'язку з незаконним порушенням кримінальної справи, незаконним затриманням та обранням міри запобіжного заходу, розмір відшкодування моральної шкоди внаслідок незаконних дій органів дізнання, досудового слідства, було зменшено [6]. Таким чином, у зобов'язаннях з відшкодування моральної шкоди принцип справедливості виражається в адекватності вимог потерпілого до характеру та обсягу його страждань. Екстраполюючи цей висновок у площину інших деліктних зобов'язань, зауважимо, що вимога про відшкодування заподіяної майнової шкоди не повинна призводити до збагачення потерпілої особи.

Однак, на засадах добросовісності, розумності і справедливості мають ґрунтуватися не тільки деліктні, а всі цивільно-правові зобов'язання (ч. 3 ст. 509 ЦК України). Логічним продовженням цієї норми є ч. 1 ст. 627 ЦК України, відповідно до якої особи є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Отож, у контексті цієї норми законодавець категорією «справедливість» обумовлює межі договірної свободи, запобігаючи тим самим зловживанню правом при виборі контрагента у договірних відносинах та моделюванню їх змісту. Законодавче встановлення таких меж здійснюється не тільки шляхом безпосереднього відсилання до «справедливості» як морально-етичної категорії, але і вказівкою на ті умови договору, які з позиції права є «несправедливими». Так, у договорах приєднання умови встановлюються однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, а сам договір укладається шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. З огляду на особливості договору приєднання, умови таких договорів не повинні бути явно обтяжливими для сторони, яка приєдналася, позбавляти її тих прав, які вона звичайно мала та обмежувати відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання. Як гарантію захисту прав від подібних «несправедливих умов» договору приєднання у законі передбачено можливість сторони, що приєдналася вимагати зміни або розірвання договору.

Поняття «несправедливі умови договору» відоме європейському законодавству з Директивою 93/13/ЄЕС «Про несправедливі умови в споживчих договорах». Відповідно до ст. 3 Директиви умова договору, яка не була окремо погоджена, вважається несправедливою (нечесною), якщо всупереч вимозі про справедливість вона створює нерівність у правах і обов'язках сторін договору, причому на шкоду споживачу.

У контексті директиви принцип справедливості «є засобом відновлення дисбалансу між економічно нерівними контрагентами, якщо більш могутня сторона зловживає своїм економічним становищем; він також є засобом відновлення рівноваги інтересів сторін, на які вплинули різноманітні обставини об'єктивного характеру, що не залежать від їх волі» [7].

Прикладом судової практики де дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача суд розцінив як порушення принципу справедливості є рішення Конституційного Суду України № 7-рп/2013 від 11 липня 2013 року. Суд виходив з того, що вимога про нарахування та сплату неустойки за договором споживчого кредиту, яка є явно завищеною, не відповідає передбаченню у п. 6 ст. 3, ч. 3 ст. 509 та ч. 2, 3 ст. 627 ЦК України засадам справедливості, добросовісності, розумності як складовим елементам загального конституційного принципу верховенства права. Наявність у кредитора можливості стягувати із споживача надмірні грошові суми як неустойку спотворює її дійсне правове

призначення, оскільки із засобу розумного стимулювання боржника виконувати основне грошове зобов'язання неустойка перетворюється на несправедливо непропорційний тягар для споживача та джерело отримання невинуватених додаткових прибутків кредитором [8].

У певних випадках принцип справедливості має настільки істотне значення, що покладається в основу вирішення проблеми як єдиний можливий підхід. Зокрема, за ч. 3 ст. 652 ЦК у разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин суд, на вимогу будь-якої із сторін, визначає наслідки розірвання договору виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору. Дійсно, що в таких обставинах, в яких опинилися сторони зобов'язання, вимога його виконання буде не просто невігідною для однієї із його сторін, а й несправедливою. Тому, зобов'язання не лише припиняється, а й за відсутності вини в цьому сторін їх витрати мають справедливо роз поділятися між ними [9].

У підсумку необхідно зауважити, що справедливість є конкретною та універсальною за сферами використання категорією. У приватних відносинах слід застосовувати диференційований ситуативний підхід до застосування принципу справедливості, виходячи із юридичної рівності їх учасників. Отже, встановлення переваг для одного із учасників буде справедливим лише за умови, що цим не порушуються права і свободи іншого.

Список бібліографічних посилань:

1. Дигести Юстиніана. Т. 1: Кн. 1–4 // Библиотека Гумер: сайт. URL: http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/01.php (дата звернення: 05.04.2017).
2. Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент./за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. Київ: Істина, 2004. С. 8.
3. Цивільне право України. Загальна частина: підручник/за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. 3-тє вид. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 976 с. URL: http://pidruchniki.com/1628041446951/pravo/zmist_printsipiv_spravedlivosti_dobrosovisti_rozumnosti_tsivilnomu_pravi#97 (дата звернення: 07.04.2017).
4. Майданік Р. А. Цивільне право. Загальна частина: підручник. Т. 1: Вступ у цивільне право. Київ: Алерта, 2012. 472 с. URL: <http://westudents.com.ua/glavy/72037-8-printsip-spravedlivost-dobrosovnost-rozumnost.html> (дата звернення: 07.04.2017).
5. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: постанова Пленуму Верховного суду України від 31.03.1995 № 4 // БД «Законодавство України»/БП України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95> (дата звернення: 11.04.2017).
6. Рішення Верховного Суду України від 18 листопада 2009 року у справі № 6-12041св09 // Єдиний державний реєстр судових рішень: сайт. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/6931487> (дата звернення: 08.04.2017).
7. Мілаш В. Теоретичні аспекти співвідношення свободи підприємницького комерційного договору та обмежувальних чинників. *Українське комерційне право*. 2005. № 6. С. 59 (дата звернення: 08.04.2017).
8. Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 2013 року № 7-рп/2013 // Конституційний Суд України: офіц. веб-сайт. URL: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/7-rp/2013.pdf>.
9. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Загальні положення про зобов'язання та договір/за ред. І. В. Спасиво-Фатєєвої. Харків: ФО-П Лисяк Л. С., 2012. Т. 7. С. 16.

Одержано 13.04.2017

УДК 347.1

Віталій Миколайович Махінчук,

професор кафедри судочинства

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,

доктор юридичних наук

МЕХАНІЗМ ЗАСТОСУВАННЯ ДОКТРИНИ ЗНЯТТЯ КОРПОРАТИВНОЇ ВУАЛІ (PIERCING THE CORPORATE VEIL)

На сьогодні практика жодної зарубіжної країни, суди якої застосовують доктрину «зняття корпоративної вуалі», не дає чіткого розуміння того, у яких конкретних випадках і на підставі якої конкретної норми необхідно її застосовувати. Серед науковців і практиків відсутня єдина позиція щодо того, за яким критерієм потрібно уніфікувати факти, якими суд обґрунтовує свої рішення, розглядаючи відповідні категорії справ. Ще більш невизначена ситуація з обставинами (критеріями та тестами), які суд приймає до уваги, знімаючи корпоративну вуаль, оскільки не має загального, об'єднуючого принципу, який було б узятو за основу при застосуванні цієї доктрини.

Механізм застосування доктрини «piercing the corporate veil» у більшості випадків залежить від кожного конкретного випадку відповідно до критеріїв, визначених у різноманітних тестах. Вважається, що двома універсальними критеріями, які використовуються для того, щоб суд міг зняти корпоративну вуаль, є:

- очевидність домінування над компанією і контроль за нею з боку осіб, які своїми діями чи бездіяльністю завдали шкоди компанії та використовували останню з протиправною метою;

- причинно-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою та негативними наслідками.

При цьому, корпоративна вуаль знімається у більшості випадків, коли встановлено, що компанія використовується як прикриття (фасад) з метою вчинення шахрайських дій або коли наявне певне зловживання (неналежна поведінка) з боку контролюючих компанію осіб та здійснюється надмірний контроль за діяльністю компанії.

У рамках застосування доктрини «зняття корпоративної вуалі» зловживання і контроль мають бути безпосередньо пов'язані з тим, що корпоративна структура використовується власником з метою уникнення або ухилення від відповідальності.

Однак, важливо відмітити те, що по-перше, саме лише володіння та контроль компанією не є основними і достатніми підставами для можливості застосування доктрини «зняття корпоративної вуалі», оскільки це є самою сутністю принципу відокремленості прав і обов'язків компанії від прав і обов'язків її власників. Звичайно, контроль за компанією є необхідною, але не основною і недостатньою умовою для застосування доктрини PCV, відтак і для зняття корпоративної вуалі. По-друге, суд не має права знімати корпоративну вуаль лише на підставі, що це необхідно для інтересів справедливості. По-третє, корпоративна вуаль може бути знята лише у випадку, коли наявне певне зловживання (неналежна поведінка). Зловживання має бути безпосередньо пов'язано з тим, що корпоративна структура використовується власником з метою уникнення або ухилення від

відповідальності. При цьому, компанія може виступати фасадом навіть у тих випадках, коли відомо, що вона не створювалась з метою вчинення шахрайських дій. Тому основне питання полягає в тому, чи використовувалась компанія як прикриття на момент вчинення відповідних операцій. У контексті сказаного не є виправданим зняття вуалі лише через те, що компанія вчинила неправомірні дії, наприклад, допустила порушення договірних зобов'язань.

Відтак, вирішуючи справу по суті, в частині можливості і необхідності зняти корпоративну вуаль, в кожному конкретному випадку суди використовують нові критерії та тести залежно від особливостей справи, що означає необов'язковість застосування критеріїв, визначених судами у попередніх аналогічних справах. Тому критерії для зняття корпоративної вуалі не є вичерпними і можуть бути доповнені з урахуванням нових обставин, якими обґрунтовуються рішення.

Принагідно зазначимо, що для застосування доктрини «piercing the corporate veil» щодо можливості притягнення основного підприємства за борги дочірнього основними критеріями є наявність контролю, економічної залежності, протиправних дій та причинно-наслідковий зв'язок між діями головного підприємства відносно дочірнього і понесенні останнім збитки. Щоб притягти основну компанію за борги дочірньої в рамках доктрини «piercing the corporate veil», потрібно довести, що материнська компанія давала непередбачені договором або статутом обов'язкові для виконання дочірньою компанією вказівки, виконання яких мало негативні наслідки і призвело до збитків і неможливості виконання своїх зобов'язань. Доведення факту наявності вказівок з боку основної компанії відносно дочірньої є проблематичним, оскільки зазвичай вони не оформляються письмово.

До речі, критерій контролю тісно пов'язаний з доктриною «зняття корпоративної вуалі». Щоб зняти корпоративну вуаль, спочатку потрібно встановити і підтвердити ступінь саме фактичного, а не потенційного, контролю фізичної особи за корпорацією, а вже потім встановлювати і доводити причинно-наслідковий зв'язок між діями і негативними наслідками.

Вважається, що визначення контролюючих осіб є своєрідною передумовою притягнення до відповідальності в межах застосування доктрини «зняття корпоративної вуалі».

Основною обставиною, яка підлягає доказуванню при застосуванні доктрини «piercing the corporate veil» є причинно-наслідковий зв'язок між діями або бездіяльністю контролюючої особи та фактично спричиненими негативними наслідками, понесеними збитками корпоративною структурою, зокрема, якщо це сталося внаслідок отримання відповідних вказівок, тобто слід довести очевидність факту зловживання контролюючою особою своїми правами.

Отже, суди країн, де поширена практика зняття корпоративної вуалі, приймаючи рішення, які дозволяють ігнорувати самостійність юридичної особи у питаннях, що стосуються відповідальності перед кредиторами, за певних обставин знімають корпоративну вуаль. Проте така практика і досі є винятковим засобом притягнення до відповідальності і захистом законних прав та інтересів суб'єктів цивільного обороту.

Одержано 06.05.2017

УДК 347.91/.95

Сергій Олександрович Короед,*завідувач кафедри цивільного права і процесу**Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького,**доктор юридичних наук, доцент*

НАПРЯМКИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ СУДОВИХ ПРОЦЕДУР В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Цивільне судочинство та цивільна процесуальна форма, характеризуючись єдністю змісту, передбачають водночас процедурні особливості – різні правила розгляду певних груп справ, які втілюються в різних видах цивільного судочинства при розгляді і вирішенні справ в суді першої інстанції. Такими видами цивільного судочинства згідно із ст. 15 ЦПК України є позовне, наказне та окреме провадження, за правилами яких розглядаються справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових та інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

Не заперечуючи практичну необхідність зовнішньої диференціації цивільного судочинства на види (позовне, наказне, окреме провадження), ми водночас виступаємо за внутрішню диференціацію на судові процедури в межах конкретного виду цивільного судочинства та вважаємо, що регламентація процесуальної діяльності не може обмежуватися визначенням загального (єдиного) порядку цивільного судочинства для всіх без винятку категорій справ в межах того чи іншого виду цивільного судочинства під час провадження в суді першої інстанції, адже особливість правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин полягає в тому, щоб правовою регламентацією охоплювалася кожна процесуальна дія суду та кожна дія учасника процесу, в тому числі й з урахуванням характеру спору.

Вищезазначене об'єктивно зумовлює постановку ряду питань. Наскільки ефективно в існуючих видах цивільного судочинства захищаються матеріальні права та інтереси громадян? Чи є загальновизнаний критерій (матеріально-правова природа справ) поділу цивільного судочинства на зазначені види виправданим з практичної точки зору? Чи дійсно такий поділ охоплює матеріально-правові і процесуальні особливості розгляду справ щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових та інших відносин? Чи є правильним з точки зору процесуальної економії і ефективності цивільного судочинства поширювати правила того чи іншого виду цивільного судочинства на всі справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із зазначених відносин, без урахування винятків і доповнень в частині підсудності, суб'єктного складу сторін, особливостей доказування і виконання рішення тощо?

Це вимагає, на нашу думку, розглянути питання про можливі судові процедури в межах різних видів цивільного судочинства. Оскільки ми будемо вести мову про судові процедури не як самостійні процесуальні правила, а як відповідні доповнення (особливості) щодо загального порядку провадження, встановленого щодо того чи іншого виду цивільного судочинства, то для встановлення предметних характеристик таких судових процедур необхідним, на нашу думку, є визначення властивостей виду цивільного судочинства, в межах яких такі процедури отримують своє вираження.

Так, загальновизнаною є позиція, згідно з якою поділ судового порядку розгляду цивільних справ на види здійснюється залежно від таких критеріїв: предмет судового захисту; мета судової діяльності; спосіб захисту. Поширеною є думка про те, що матеріально-правовий характер вимоги зумовлює порядок розгляду цивільної справи, тобто слугує критерієм розмежування видів цивільного судочинства [1]. При цьому вид цивільного судочинства визначає найменування осіб, які беруть участь у справі, і їх правове становище, специфіку порушення провадження, можливість використання окремих засобів захисту, строки, розподіл обов'язків по доказуванню, особливості ухвалення і виконання підсумкового судового акта.

Вид цивільного судочинства, як зауважують вчені-процесуалісти, характеризує диференціацію цивільного процесу «по горизонталі» [2], розрізняючи предмет судової діяльності в кожному виді судочинства і за цією ознакою і за допомогою загальних правил юрисдикції зумовлює належність цивільних справ до відповідного виду судочинства [3]. Ці провадження диференціюються на види саме залежно від певних правил, що визначають особливості розгляду тієї чи іншої групи справ [4], хоча такі особливості розгляду цивільних справ не можуть створити самостійного порядку їх розгляду в межах єдиної цивільної процесуальної форми [5].

Отже, саме групи справ мають формувати спеціальні судові процедури особливостей їх розгляду в межах певного виду цивільного судочинства.

При характеристиці правової природи судових процедур в цивілістичному процесі вважаємо за необхідне звернутися до напрацювань Т. В. Сахнової, яка вважає судові процедури – найважливішою закономірністю розвитку сучасного цивілістичного процесу. Саме процедура, з одного боку, здатна стати ефективним критерієм внутрішньої диференціації цивілістичного процесу – без загрози його диверсифікації, а з іншої – зіграти роль «єдального моста» між різними формами і способами захисту, забезпечення реалізації прав, свобод, законних інтересів [6].

На сьогоднішній загальновизнаним серед науковців, і це випливає з положень ЦПК України, є виділення трьох видів цивільного судочинства: позовного, наказного і окремого провадження. І якщо в окремому провадженні (розділ IV ЦПК України) містяться як загальні положення (глава 1), так й судові процедури розгляду судом різних категорій справ (глави 2–12), що визначають як процесуальні, так й матеріально-правові особливості їх розгляду, то в межах позовного провадження такі судові процедури, які б встановлювали матеріально-правові особливості розгляду справ, взагалі не виділяються, а до процесуальних можна віднести лише заочний розгляд, а також провадження у справах за участю іноземних осіб та особливості позовного провадження у справах про визнання необгрунтованих активів та їх витребування.

Такі провадження цивільного процесу В.В. Комаров визначає специфічною конструкцією, морфологічною моделлю розгляду цивільної справи, що відбиває предметну характеристику цивільного судочинства з точки зору матеріально-правової природи справ, що розглядаються, специфіку доказування фактів як юридико-фактологічної основи справи та результатів розгляду справи, які відбиваються в процесуальних актах – документах [7].

Наразі в межах позовного провадження передбачено окремі судові процедури, що визначають, наприклад, особливості доказування у справах про дискримінацію та у справах щодо застосування керівником або роботодавцем чи створення ним загрози застосування негативних заходів впливу до позивача (ч. 1 ст. 60 ЦПК України). Тобто містяться окремі судові процедури розгляду трудових спорів. Водночас стосовно інших категорій цивільних справ щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи

інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних відносин тощо, такі особливі судові процедури в ЦПК України відсутні.

Для прикладу, в ЦПК України 1963 р. в межах провадження по справах, що виникають з адміністративно-правових відносин були передбачені судові процедури, які встановлювали особливості розгляду: 1) скарг на неправильності в списках виборців та в списках громадян, які мають право брати участь у референдумі; 2) скарг на рішення і дії територіальної, окружної (територіальної) виборчої комісії по виборах депутатів і голів сільських, селищних, районних, міських, районних у містах, обласних рад і заяви про скасування рішень виборчої комісії; 3) скарг на рішення, дії чи бездіяльність, що стосуються виборів народних депутатів України; 4) скарг на дії органів і службових осіб у зв'язку з накладенням адміністративних стягнень; 5) скарг на рішення, дії або бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб; 6) заяв прокурора про визнання незаконними правового акта органу, рішення чи дії службової особи.

Подібні судові процедури на рівні окремих статей збереглися сьогодні в чинному КАС України.

Що ж стосується справ позовного провадження, то ЦПК України 1963 р. теж встановлював певні судові процедури щодо окремих категорій справ. Так, зокрема, в ЦПК 1963 р.: ст. 220 – було врегульовано питання стягнення аліментів до постановлення рішення; ст. 205 ЦПК 1963 р. – визначено зміст рішення про стягнення грошових сум з юридичних осіб; ст. 206 – зміст рішення про присудження майна або його вартості; ст. 207 – зміст рішення, що зобов'язує відповідача виконати певну дію; ст. 174 – наслідки неявки відповідача в справі про стягнення аліментів.

Аналіз окремих положень чинного ЦПК України, а також ЦПК 1963 р. дає підстави для висновку, що вищенаведені судові процедури – це зумовлені предметом судового розгляду і закріплені в ЦПК особливі процесуальні правила, які діють з урахуванням загальних правил того чи іншого виду цивільного судочинства, що визначають матеріально-правові та процесуальні особливості порушення та розгляду певних категорій справ судом першої інстанції з метою правильного розгляду справи і оптимального захисту матеріальних прав та інтересів заінтересованих осіб.

Такі процедури підвищують ефективність цивільної процесуальної діяльності, спрямовані на забезпечення повного з'ясування обставин справи, врахування думки всіх заінтересованих осіб, визначення в рішенні порядку і способу його виконання виходячи з матеріально-правових характеристик тієї чи іншої категорії справ. Звісно ж, що такі судові процедури мають реалізовуватися з урахуванням загальних правил того чи іншого виду цивільного судочинства; на них має поширюватися дія більшості процесуальних принципів і основних процесуальних інститутів; мають передбачатися рівні процесуальні права і обов'язки учасників процесу; мають включати єдині стадії під час провадження в суді першої інстанції.

Викладене вище дає підстави для висновку, що існуючі види цивільного судочинства, зокрема позовне провадження, мають розвиватися в напрямку диференціації судових процедур залежно від матеріально-правових особливостей розгляду певних груп справ, визначаючи для таких груп справ додаткові вимоги щодо змісту позовної заяви та доказів, необхідних для вирішення справи, суб'єктний склад учасників процесу, додаткові вимоги до змісту рішення і особливостей його виконання.

Список бібліографічних посилань:

1. Власенко И. В. Предмет судебной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Саратов, 2014. С. 32.

2. Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. 696 с.
3. Васильев С. В. Гражданский процесс: учеб. пособие. Изд. 2-е, доп. Харьков: Одиссей, 2007. С. 22–23.
4. Бобрик В. І. Теоретико-методологічні засади співвідношення змісту понять «вид і порядок судочинства» та «правила провадження» в цивільному і господарському процесах. *Науковий вісник Академії муніципального управління*. 2014. Вип. 1. С. 147–151.
5. Цивільне процесуальне право України: підручник/В. В. Комаров, В. А. Бігун, П. І. Радченко та ін.; за ред. В. В. Комарова. Харків: Основа, 1992. С. 17.
6. Сахнова Т. Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса). *Арбитражный и гражданский процесс*. 2009. № 2. С. 9–14.
7. Комаров В. В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків: Право, 2012. С. 52.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.98

Євген Вікторович Петров,

*суддя Дружківського міського суду Донецької області,
доктор юридичних наук, професор*

ПРОБЛЕМА РОЗМЕЖУВАННЯ ЮРИСДИКЦІЇ СУДУ

Від часу запровадження в Україні інституту адміністративної юстиції служителі вітчизняної Феміди – адвокати, позивачі та відповідачі – ніяк не можуть «опритомніти» від необхідності пошуків чітких і зрозумілих критеріїв розмежування господарської та адміністративної юрисдикції. Нині із цього приводу можна натрапити на чималу кількість роз'яснень, авторами яких є як науковці, так і офіційні представники органів судової влади. Проте стан справ у цьому напрямі все ще залишається складним. При цьому слід пам'ятати, що за кожною судовою справою, яку передають від одного суду до іншого, стоять конкретні фізичні та юридичні особи, їх права, свободи й законні інтереси, які, на жаль, здебільшого через зволікання із судовим розглядом справи по суті не може бути поновлено або належним чином захищено.

Чим можна пояснити таку ситуацію? Дехто вважає, що причина полягає в тому, що процесуальне законодавство України не повною мірою врегульовує питання меж юрисдикцій окремих видів судочинства. Розвиваючи цю думку, автори пропонують, на їх погляд, досить прості алгоритми дій, які повинні усунути всі суперечності. Так, під час розмежування предметної юрисдикції між адміністративним та господарським судочинством пропонують спиратися на те, що до господарської юрисдикції належать ті справи, які походять із сфери господарювання. Підтвердженням такої точки зору є сама мета створення господарських судів – розгляд спорів, що виникають у процесі господарювання. Однак господарські спори публічно-правового характеру можуть бути предметом двох юрисдикцій: господарської та адміністративної. Зокрема, якщо суб'єкт господарювання допускає порушення, не пов'язані з його господарюванням, а порушує саме норми, які належать до адміністративного права, то є класичний варіант адміністративних правовідносин, а отже ці спори повинні розглядати адміністративні суди [1]. Не коментуючи викладену точку

зору, поставимо їй автору такі запитання: як можна встановити, що та або інша норма належить саме до категорії норм адміністративного права? Наприклад, яким чином можна встановити правову природу норм, що регулюють порядок державної реєстрації права суб'єкта господарювання на об'єкти інтелектуальної власності? На жаль, у правовій літературі немає можливості виявити відповіді на ці запитання. З огляду на викладене більш об'єднану здається позиція Р. С. Мельник, який наголошує, що головна проблема стосовно розмежування господарської, цивільної та адміністративної юрисдикції полягає у слабкому опрацюванні таких теоретичних категорій, як «адміністративно-правові відносини» та «публічно-правові відносини» [2], що своєю чергою, спричинені нехтуванням теорією поділу права на приватне та публічне.

На підставі аналізу сучасного стану вивчення і впровадження у правову науку та правозастосовну практику теорії поділу права на приватне й публічне, на жаль, доводиться констатувати, що певна кількість вітчизняних науковців дотримується ідеї її практичної нежиттєздатності, пов'язаної, на їх думку, з умовністю такого поділу. Проте історія зазначеної правової теорії наочно доводить, що останнє є цілком дійовою. Питання полягає лише в тому, що у межах вітчизняної правової теорії практично не вироблено критерії розмежування норм приватного та публічного права. Однак на противагу цьому маємо значний зарубіжний досвід вирішення означеної проблематики, на який не тільки можна, але й необхідно зважати українським правотворцям. До того ж необхідність такого кроку пов'язана з євроінтеграцією України, в межах якої наша держава взяла на себе обов'язок адаптувати власну правову систему до правової системи Європейського Союзу. Отже, усі розвідки європейських науковців, у тому числі й щодо критеріїв розмежування приватного та публічного права, можуть бути застосовані в Українській державі.

Водночас, наприклад, у Німеччині найбільш поширеною є так звана комбінована теорія, відповідно до якої вважають, що публічно-правові відносини виникають там і тоді, коли мова йде про реалізацію публічних завдань, тобто тих завдань, які належать до виключної компетенції суб'єктів публічної адміністрації. Особливість публічних завдань полягає в тому, що приватні особи не можуть вільно, тобто на підставі загальних принципів права або загальних положень законодавства, взяти на себе їх виконання. Для цього необхідна спеціальна вказівка в законі або спеціальний дозвіл, виданий державним органом або органом місцевого самоврядування (делегування повноважень). У всіх інших випадках йдеться про приватноправові відносини та норми приватного права.

Отже, вважаємо, що на підставі зазначеного критерію можна більш чітко визначати правову природу спірних правовідносин, що сприятиме розв'язанню питання про підсудність тієї або іншої справи господарському або адміністративному суду.

Список бібліографічних посилань:

1. Муза О. Розмежування адміністративного та господарського судочинства в Україні. *Юридична Україна*. 2009 № 4. С. 39–43.
2. Мельник Р. С. Ще раз про сутність та ознаки публічно-правових відносин. *Вісник Вищого адміністративного суду України*. 2008. № 4. С. 55–64.

Одержано 19.04.2017

Микола Володимирович Старинський,

*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та фінансового права
навчально-наукового інституту права Сумського державного університету,
доктор юридичних наук, доцент*

МЕХАНІЗМ НЕЙТРАЛІЗАЦІЇ НОРМ ПРАВА: ОБ'ЄКТИВНЕ ЯВИЩЕ ЧИ ТЕОРЕТИЧНЕ ПРИПУЩЕННЯ?

Аналіз сучасного розвитку нашої держави впевнено доводить факт того, що вона знаходиться на етапі суттєвих змін і трансформацій. Змінюється і трансформується практично все починаючи від структури нашого суспільства і появи нових, нетрадиційних суб'єктів відносин, закінчуючи зміною самого сприйняття держави та її ролі для людини і громадянина. Як показує історичний досвід, саме в такий час відбуваються кардинальні, зміни векторів розвитку держави та затверджуються нові стандарти функціонування.

Разом з тим в такі періоди здійснюється перегляд існуючого ладу, виявляються та осмислюються функціонуючі механізми регуляції та саморегуляції суспільства, а також з'являється можливість по-новому, в світлі подій, що відбуваються, запропонувати нові підходи до вирішення існуючих проблем.

Сьогодні в Україні приймаються десятки законів які мають вирішити велику кількість проблем наших громадян. Аналіз змісту цих законів дає можливість говорити про їх доцільність та прогресивність в сучасних умовах. Разом з тим, практика їх застосування показує, що вони не досягають поставленої мети та не вирішують або лише частково вирішують існуючі проблеми. Виникає закономірне питання, чому прийняті норми є недієвими та яким чином можна вирішити цю проблему.

На наше глибоке переконання вирішення будь-якої проблеми має починатись із визнання її існування та з'ясування її суті. Без відкритої та публічної констатації її вирішення є неможливим. Враховуючи це спробуємо в загальних рисах окреслити проблему і її суть.

Аналіз чинних нормативних актів України дає можливість говорити про те, що в них, безумовно не у всіх, проте в більшості, закріплений механізм нейтралізації норм права.

На цьому етапі дослідження механізму нейтралізації норм права його можна визначити як сукупність закріплених в нормативних актах прийомів, способів та засобів за допомогою яких встановлюються перепони для реалізації норм права.

Дія даного механізму направлена на те, щоб перетворювати окремі правові норми чи їх групи на недієві або створити перепони для їх реалізації. При цьому мова йде не про причини чи умови порушення окремими особами норм права, а про прийоми і способи повного чи часткового блокування їх дії під впливом чого вони перетворюються на декларації чи «мертві» норми. Результатом дії механізму нейтралізації правових норм може бути повне або часткове не функціонування норм права, які формально мають юридичну силу. Також дія механізму може бути направлена на те, щоб реалізація норми права в поведінці суб'єкта не досягла поставленої цілі та не привела до бажаного результату. При цьому норма права не виконується, не дотримується, не використовується суб'єктами права і перетворюється в «мертву».

Визначивши механізм нейтралізації норм права як сукупність прийомів, способів та засобів, вважаємо за необхідне навести їх приклади.

Механізм нейтралізації норм права за своєю суттю складається з сукупності перепон що ставляться на шляху її реалізації. Ці перепони можуть бути одиничними або їх може бути декілька. Діяти вони можуть як в сукупності так і окремо.

Найбільш яскравим проявом механізму нейтралізації норм права є прийняття нормативних актів які містять норми, що протирічать одна одній. В такій ситуації реалізація норми залежить від волі суб'єкта, який буде застосовувати цей нормативний акт. При цьому в такі нормативні акти, в своїй основі створюють корупційне підґрунтя функціонування уповноважених державою органів, оскільки вони будуть мати можливість діяти по різному в однакових випадках.

Норма права реалізується через правовідношення в якому правом одного суб'єкта має кореспондуватись обов'язки іншого. Враховуючи це нейтралізація норми права яка закріплює право суб'єкта може відбуватись шляхом неприйняття порядку реалізації цього права або неприйняття норми, яка закріплює обов'язок відповідного суб'єкта. Найчастіше нормативні акти приймаються з такими фразами як «реалізація цього права здійснюється в порядку передбаченому законодавством», при цьому порядок не приймається.

Ще одним прикладом прояву механізму нейтралізації норм права є закріплення за надто громіздкого механізму реалізації правової норми. В результаті цього застосувати норму права або практично неможливо, або можливо з великими труднощами. В практичному плані це приводить до того, що суб'єкти самі відмовляються від реалізації цієї норми.

Також прикладом прояву механізму нейтралізації норм права є закріплення в нормативних актах положення, відповідно до якого реалізація прав суб'єктів залежить від прийняття уповноваженим органом відповідного індивідуального акту правозастосування. При цьому, чим більшою свободою в прийнятті такого рішення володіє посадова особа, тим дієвішим є механізм нейтралізації.

Безумовно все зазначене вище є лише невеликою частиною знань про механізм нейтралізації норм права. Разом з тим практично кожен зацікавлений може, звернувшись до електронних баз нормативних актів переконатись в реальності його існування. Саме це дає нам можливість говорити про те, що механізм нейтралізації норм права це не наукові вигадки чи припущення, а реально існуюче явище правової дійсності.

Нажаль дослідженням цього явища практично не приділяється належної уваги. Разом з тим фундамент для дослідження цього явища у вигляді наукових доробок С.А. Денисова вже є. В цілому повністю підтримуючи вченого, ми своїм завданням бачимо звернення уваги вітчизняної наукової громадськості на існуюче явище. На наше переконання більш фундаментальні знання про реально існуючий механізм нейтралізації норм права є надзвичайно важливими для тих, хто розробляє та застосовує закони, оскільки саме вони дають можливість прогнозувати майбутню ефективність реалізації норм права.

Список бібліографічних посилань:

1. Денисов С. А. Механизм нейтрализации конституционных норм. *Конституционное и муниципальное право*. 2007. № 6. С. 2–8.
2. Денисов С. А. Механизм нейтрализации норм права. *Новая правовая мысль*. 2008. № 5. С. 5–8.
3. Денисов С. А. Реальное государственное право современной России: монография: в 3 т. Екатеринбург: Гуманитар. ун-т, 2015. Т. 1. 348 с.

Одержано 28.04.2017

Мар'яна Дмитрівна Пленюк,

старший науковий співробітник

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,

кандидат юридичних наук

ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ВІДНОСИН У МЕХАНІЗМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

За універсальністю регламентаційного впливу механізму цивільно-правового регулювання на зобов'язальні відносини «механізм» умовно подається як певний алгоритм, що відображає процеси реально існуючі на практиці, а відтак його не можна сприймати як формальне, штучне явище чи виключно теоретичну конструкцію. Образне порівняння механізму цивільно-правового регулювання з алгоритмом, тобто певною послідовністю дій, за допомогою яких можна розв'язати певну задачу, дає змогу на думку В. Л. Яроцького, акцентувати увагу на взаємообумовленості статичних, діяльнісно-динамічних і результативних аспектів забезпеченого ним впливу на певні групи відносин, що становлять предмет цивільного права [1, с. 17]. На нашу думку, механізм цивільно-правового регулювання є чітко структурованим і функціонально визначеним. Як окрема структурна складова загальногалузевого механізму правового регулювання надає можливість детально дослідити специфіку будь-яких відносин, що становлять предмет цивільного права, в тому числі й зобов'язальних. Саме тому під механізмом правового регулювання зобов'язальних відносин розуміємо сукупність правових норм (передумов) та/або інших соціальних регуляторів, які впорядковують правовідношення, юридичних фактів, що формують модель зобов'язання, а також сукупність засобів (суб'єктивні цивільні права та юридичні обов'язки), способів (зобов'язання, дозволи, заборони) та форм (належне, своєчасне виконання), які знаходяться у взаємодії і взаємозв'язку.

Враховуючи те, що механізм правового регулювання зобов'язальних відносин завжди є комплексом (системою) юридичних засобів, способів, форм, а його структура охоплює цілу низку нормативних та правореалізаційних юридичних засобів у зобов'язальних відносинах, його існування зумовлює реалізацію певної юридичної мети. Більше того, його дія здійснюється залежно від заданої програми, своєрідної «схеми» чи «алгоритму», що передбачає певну чіткість у виникненні чи виконанні зобов'язань. Саме тому для виникнення, а відтак належного виконання цивільно-правових зобов'язань та отримання об'єктивного результату звертаємо увагу на певні правові умови (передумови) дотримання яких призведе до бажаного результату.

Відомо, що юридичні факти (склади), що виконують основну роль у «роботі» механізму правового регулювання зобов'язальних відносин є тим важелем, що запускає в дію механізм правового регулювання. Саме юридичний факт визначає особливість зобов'язальних відносин. Якщо в теорії права правовідносини є тією квінтесенцією механізму правового регулювання і для його роботи достатньо охарактеризувати лише їх, то в зобов'язальних відносинах важливими слід розглядати й формування юридичного факту, тобто формування дійсності правочину, договору тощо. Адже належним чином сформовані договірні умови, слугуватимуть базою, що носить активний конкретизуючий характер щодо досягнення цілей сторонами договору. Ось чому в договірних відносинах важливим є не лише факт виникнення зобов'язань, а й етапи його формування.

Для чинності правочину в ЦК України встановлено загальні вимоги, дотримання яких є обов'язковими. Так, відповідно до ст. 203 ЦК України передумовами, які слугуватимуть для належного формування юридичного факту є такі: 1) зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; 2) особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; 3) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; 4) правочин має вчинятися у формі, встановленій законом; 5) правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; 6) правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правами та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей. В свою чергу, при укладенні договору сторони мають дотримуватись умов визначених у ст. 638 ЦК України, відповідно до якої: 1) договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди; 2) договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. З наведеного можна дійти висновку, що етап формування юридичного факту (правочину, договору) має свої важливі особливості, адже недотримання таких передумов (правових вимог) не призведе до досягнення належної правової мети. При цьому слід зазначити, що правові передумови не можуть існувати без норми права, оскільки правовідношення виникатиме за їх наявності та відповідного юридичного факту. Норма права, з одного боку, створює передумови для виникнення правовідносин, а з іншого – надає можливість наповнювати їх змістом, зокрема такими елементами, як права та обов'язки учасників правовідносин на власний розсуд сторін тощо (ст. 627 ЦК України). Окрім норми права, передумови виникнення зобов'язальних правовідносин можуть формуватися й за допомогою інших соціальних регуляторів, зокрема моральних засад суспільства, звичаїв ділового обороту, правової доктрини, судової практики тощо.

В договірних відносинах юридичним фактом є договір який відіграє важливу роль у переведенні абстрактних приписів через моделювання істотних умов у правореалізаційну площину. Договір як засіб цивільно-правового регулювання слугує тим способом вираження (закріплення) індивідуально-правових приписів (актів поведінки), які виконують роль регулятивних договірних правил поведінки сторін, щодо вчинення яких зобов'язувалися сторони. Договірні умови формуються з метою визначення фактичних обставин, за яких сторони мають діяти, та способів, якими сторони здійснюватимуть обумовлені дії. Саме в умовах договору закріплюється воля сторін, виникають суб'єктивні цивільні права та юридичні обов'язки, які становлять зміст договірного зобов'язання. Відтак для укладення договору, за яким відбуватиметься реалізація суб'єктивних цивільних прав та юридичних обов'язків, слід дотримуватися таких передумов: 1) волевиявлення має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; 2) у випадках набуття прав на підставі відповідного дозволу компетентних державних органів чи органів місцевого самоврядування, органів опіки і піклування – одержання дозволу тощо; 3) належна правосуб'єктність контрагентів тощо. При цьому сторонами можуть передбачатися й інші передумови, дотримання яких за погодженням сторін є обов'язковим для виникнення цивільно-правових зобов'язань.

З наведеного доходимо висновку, що етап формування зобов'язальних відносин має важливе значення для роботи всього механізму цивільно-правового регулювання, адже недотримання правових вимог (передумов) зумовлюватиме порушення суб'єктивного цивільного права та інтересу сторін. Відтак вважаємо доцільним в механізмі цивільно-

правового регулювання звертати увагу не лише на юридичний факт який є підставою виникнення зобов'язальних відносин, а й на його формування. Адже дотримання відповідних правових умов (передумов) зумовлюватиме не лише виникнення цивільно-правових зобов'язань, а й їх зміну чи припинення.

Список бібліографічних посилань:

1. Яроцький В. Л. Загальна характеристика механізму цивільно-правового регулювання // Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова (Харків, 27 лют. 2015 р.). Харків: Право, 2015. С. 16–20.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.77.01

Анатолій Олександрович Кодинець,

доцент кафедри інтелектуальної власності

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

кандидат юридичних наук, доцент

**ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА
У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Перші кроки в удосконаленні правоохоронного механізму у галузі використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності були закладені прийнятим у 2003 р. Цивільним кодексом України (надалі – ЦК України), який не лише значно розширив сферу права інтелектуальної власності, але і суттєво збагатив його змістовне наповнення. У ЦК України відносини у сфері інтелектуальної власності були зафіксовані в окремій структурній частині (книзі 4 «Право інтелектуальної власності»), що свідчить про їх важливість для приватного права.

Подальше удосконалення нормативного регулювання відносин у галузі охорони результатів творчої діяльності передбачає деталізацію положень Цивільного кодексу на рівні законів, підзаконних правових актів, створення надійних механізмів реалізації і захисту прав їх суб'єктів. Необхідним є також приведення існуючого нормативного матеріалу у відповідність до концепції і загальних підходів, визначених ЦК України з врахуванням положень Угоди про асоціацію, укладеної між Україною та Європейським Союзом, глава 9 якої (ст. 157–252) містить вимоги та стандарти щодо охорони що стосуються прав інтелектуальної власності

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 червня 2016 р. № 402-р була схвалена Концепція реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні, згідно якої основними напрямками реалізації Концепції є:

– запровадження прозорості дворівневої структури державної системи правової охорони інтелектуальної власності, за якої Мінекономрозвитку забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері інтелектуальної власності, а національний орган інтелектуальної власності виконує окремі публічні функції (владні повноваження) з реалізації державної політики у зазначеній сфері;

– реорганізація системи колективного управління майновими авторськими та суміжними правами;

– удосконалення національного законодавства та його гармонізація до законодавства ЄС.

Постановою КМ України від 23 серпня 2016 р. № 585 було ліквідовано Державну службу інтелектуальної власності, завдання і функції з реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності було покладено на поклавши на Міністерство економічного розвитку і торгівлі. Чи не найбільше вражають визначені міністерством та Кабінетом строки реалізації концепції реформування: 2016 – I квартал 2017 року. Враховуючи, що вона передбачає вдосконалення національного законодавства, а також беручи до уваги те, як проблематично в Україні проходять процедури ліквідації та створення державних органів такі строки видаються досить оптимістичними.

У будь-якому випадку, Держслужба продовжує здійснювати повноваження та функції з реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності до набрання чинності актом Кабінету Міністрів України щодо можливості забезпечення здійснення зазначених повноважень та функцій Міністерством економічного розвитку і торгівлі.

Аналізуючи зміни, що відбулися у галузі цивільного законодавства, що регулює відносини інтелектуальної власності, можна зробити висновок, що фактично починаючи з 2003 р. – дати прийняття Цивільного кодексу України, вітчизняне законодавство про інтелектуальну власність не було змінено. ЦК України так і не став тим поштовхом, який би забезпечив оновлення відповідної законодавчої бази, а багато його норм (деякі з яких носять справді новаторський характер) так і не отримали своєї конкретизації на рівні спеціальних законів та підзаконних правових актів.

Наведемо декілька прикладів. Стаття 429 ЦК України регламентує відносини щодо розподілу майнових прав інтелектуальної власності на об'єкти створені на підставі трудового договору – майнові права на такі об'єкти належать спільно роботодавцеві та працівникові, що створив такі об'єкти, якщо інше не встановлено трудовим договором.

Спеціальні закони про інтелектуальну власність (ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст. 9 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі») містять норми, що виключне майнове право на службовий твір чи службовий винахід належить роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем. Подібна правова норма міститься також ст. 8 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки».

У зв'язку з наведеним, виникає питання який правовий документ слід застосовувати: пізніше прийнятий ЦК України, що містить загальну норму, яка вказує про спільність прав роботодавця і працівника на службовий об'єкт інтелектуальної власності чи раніше прийняті спеціальні закони, які свідчать про належність даних прав роботодавцю. Відповідь на нього міститься у самому ЦК України, ст. 4, якого зазначає, що ЦК України є основним актом цивільного законодавства України, а інші закони України мають прийматися відповідно до Конституції України та Кодексу, тобто, до відносин, пов'язаних з розподілом прав на службові твори застосовується положення ст. 429 ЦК України. Але безумовно, законодавець мав би усунути зазначену колізію.

Подібна ситуація має місце і стосовно регламентації відносин щодо реєстрації договорів у сфері інтелектуальної власності. Друга частина ст. 1114 ЦК України містить положення, що факт передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, які відповідно до ЦК України або іншого закону є чинними після їх державної реєстрації, підлягає державній реєстрації. Враховуючи, що права на об'єкти патентного права, компонування інтегральної мікросхеми та торговельні марки набувають чинності з моменту їх реєстрації, то договір про передання майнових прав на такі об'єкти є чинним з моменту його державної реєстрації.

Однак, спеціальне законодавство містить інші вимоги до державної реєстрації договорів про передачу прав на об'єкти промислової власності, встановлюючи факультативність подібної реєстрації. Беручи до уваги, що ЦК України є основним актом цивільного законодавства (ч. 2 ст. 4), то його норми мають пріоритет над положеннями спеціальних законодавчих актів, а тому застосовується підхід, визначений у ЦК України.

Залишилися також чинними положення Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», що стосуються деклараційного патенту на винахід та деклараційного патенту на корисні моделі, хоча зазначені патенти вже протягом тривалого часу не видаються в Україні. Наразі патент на винахід видається за результатами кваліфікаційної експертизи, а тому він не може бути деклараційним, а патент на корисну модель, який видається в результаті проведення формальної експертизи, який хоча він і не має назву деклараційний, але по суті таким являється, оскільки кваліфікаційна експертиза корисних моделей під час їх патентування не проводиться.

Норми ЦК України подекуди також далекі від досконалості, а законодавче викладення окремих положень норм кодексу не сприяє однозначному їх застосуванню. Найбільш курйозною у цьому аспекті є норма ст. 488 ЦК України, яка стосується правовому регулюванню строків чинності майнових прав інтелектуальної власності на сорти рослин та породи тварин, частина четверта цієї статті повністю, дослівно, співпадає з частиною шостою.

Прикладом іншої невдалої норми у ЦК України, що стосується інтелектуальної власності є положення ч. 3 ст. 1122 ЦК України, яка містить наступне формулювання: «умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі». При фіксації цієї норми законодавець, мабуть забув записати основну кінцеву фразу – «є нікчесною». Лише за такого розуміння положення ч. 3 ст. 1122 набуває юридичного сенсу. Проте незважаючи на десятиліття, що сплинуло після набрання чинності ЦК України законодавець так і не спромігся усунути ці недоліки та технічні помилки із його тексту.

Якщо закріплення цих положень кодексу ще можна пояснити технічними описками, то окремі норми ЦК України фактично суперечать одна одній чи взагалі не можуть застосовуватися на практиці. Так, ст. 478 ЦК України передбачає можливість відновлення достроково припинених майнових прав інтелектуальної власності на компонування інтегральної мікросхеми. З цієї метою особа, якій належать дані права подає заяву у встановленому законом порядку. Проте чинний Закон України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» не містить правових положень, що стосуються підстав та процедури відновлення чинності прав інтелектуальної власності на топографію інтегральної мікросхеми (далі – ІМС). Відсутність законодавчо встановленого порядку відновлення чинності майнових прав інтелектуальної власності на компонування ІМС унеможливорює застосування цієї норми.

Існує також колізія між положенням ст. 430 ЦК України та ст. 1112 ЦК України. Згідно ст. 430 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням належать спільно творцеві цього об'єкта та замовникові, якщо інше не встановлено договором. Із формулювання зазначеної норми чітко не зрозуміло про який договір замовлення йде мова в цій статті. Про договір підряду, що передбачає передачу результату замовникові, але за договором підряду права інтелектуальної власності замовникові не передаються. Можливо, йде мова про договір про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуальної власності (ст. 1112 ЦК України), але такий договір має

містити положення щодо способів та умов використання об'єкта інтелектуальної власності замовником. На жаль чинне законодавство не містить конкретизації цієї правової норми, а отже актуальною залишається колізія між формулюванням ч. 2 ст. 430 ЦК України та ч. 2 та 3 ст. 1112 ЦК України, тому єдине, що можна рекомендувати сторонами договору про створення об'єкта інтелектуальної власності на замовлення – це чітко фіксувати положення про розподіл майнових прав інтелектуальної власності на створений об'єкт.

Підводячи підсумок розгляду окремих колізій законодавства, що регулює сферу інтелектуальної діяльності, можна констатувати, що зазначені проблеми регламентації суспільних відносин є наслідком суперечності положень спеціальних законів про інтелектуальну власність та норм ЦК України. Недоліки чинного законодавства щодо регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності негативно впливають на практику та зумовлюються також відсутністю чітких наукових підходів до правової охорони результатів творчої діяльності. Вирішення зазначених проблем законодавчого регулювання сфери інтелектуальної власності є перспективним завданням вітчизняної правової системи, яке, однак, потребує свого нагального розв'язання.

Одержано 28.04.2017

УДК 347.772

Ігор Євгенович Якубівський,

доцент кафедри цивільного права та процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка,

кандидат юридичних наук, доцент

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У ст. 41 Конституції України передбачено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Як бачимо, наведене конституційне положення поширює на результати інтелектуальної, творчої діяльності триаду правомочностей, що становлять зміст права власності.

По-іншому підходить до визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності ЦК України. У ньому право інтелектуальної власності структурно відмежоване від права власності. Відповідно, зміст майнових прав інтелектуальної власності визначається не через триаду правомочностей власника, а по-іншому: загальна норма, вміщена у ст. 424 ЦК України передбачає, що майновими правами інтелектуальної власності є: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Наведений підхід відтворено також у спеціальних нормах при визначенні змісту майнових прав інтелектуальної власності на окремі об'єкти (ст. 464, 474, 487, 495, 506 ЦК України). Щодо деяких об'єктів застосовується, в принципі, та сама конструкція, проте з деякими особливостями. Так, до змісту майнових прав інтелектуальної власності на комерційне найменування (ст. 490) та географічне зазначення (ст. 503) не входить право дозволяти використання об'єкта іншим особам.

Якщо аналізувати спеціальне законодавство України у сфері інтелектуальної власності, то, в цілому, визначення змісту майнових прав на відповідні об'єкти тут хоч і не співпадає повністю з ЦК України, але ґрунтується на тих самих концептуальних засадах, що й ЦК України (див. напр., ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» тощо).

Отже, можна констатувати, що на сьогоднішній день у Конституції України, з одного боку, та ЦК України і спеціальних законах у сфері інтелектуальної власності, з іншого боку, зміст майнових прав інтелектуальної власності визначено по-різному. У певній мірі, такий стан речей обумовлений неоднозначними підходами до визначення юридичної природи майнових прав інтелектуальної власності у правовій доктрині.

При усій повазі до вчених, які підтримують пропріетарну теорію, все ж дозволимо собі зазначити, що подібне трактування сутності прав на результати творчої діяльності не враховує такого важливого моменту, як нематеріальний характер об'єктів права інтелектуальної власності, і, як наслідок, практичну неможливість застосування до відносин щодо таких об'єктів якщо не всіх, то принаймні більшості норм інституту права власності. Можливо, на початку 90-х рр. минулого століття, після розпаду Союзу РСР з його тоталітарною системою і переходу до якісно іншої моделі відносин між особою і державою сприйняття пропріетарної теорії прав на результати творчої діяльності було, до певної міри, виправданим. Адже реформування політичної та економічної системи передбачало утвердження розуміння особи саме як власника, в першу чергу – на результати своєї праці, включаючи й інтелектуальну. Тому видається, що неவிпадково ренесанс пропріетарної теорії припав саме на період розпаду Союзу РСР та утворення на основі колишніх республік незалежних держав. Проте в сучасних умовах застосування пропріетарного підходу стає непотрібним і не виправданим. Визначення авторських чи патентних прав як прав непорушних і сприйняття інтелектуальної власності як товару не обов'язково має пов'язуватись із розумінням останньої з позицій пропріетарної теорії. Тому слід підтримати точку зору про те, що попри термінологічну схожість понять «право власності» і «право інтелектуальної власності», між ними існують суттєві відмінності, зокрема, у тих правомочностях, що становлять їх зміст. Відтак, визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності з позицій пропріетарної теорії, тобто через триаду правомочностей власника не відповідає як нематеріальній природі об'єктів права інтелектуальної власності, так і характеру правовідносин, що виникають щодо них.

Серед науковців, які відстоюють теорію виключних прав, теж існують розбіжності у визначенні змісту майнових прав інтелектуальної власності. Доволі поширеним є визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності за допомогою так званої позитивної концепції – через правомочності використання і розпорядження. Проте найбільше прихильників набула позиція, відповідно до якої, зміст майнових прав інтелектуальної власності включає як позитивні правомочності – використання і розпорядження, так і негативну – забороняти використання об'єкта іншим особам (або більш розширені варіанти – право перешкоджати неправомірному використанню чи право на захист).

Зі змісту положень ст. 426 ЦК України випливає, що здійснювати використання об'єкта може лише особа, що має виключне право дозволяти його використання (правоволоділець), тоді як для всіх інших осіб таке використання допускається, як правило, лише з дозволу правоволоділця. Відповідно, якщо правоволоділець не надав конкретній особі дозвіл на використання об'єкта, то це означатиме, що вказана особа не має права використовувати відповідний об'єкт. Іншими словами, відсутність дозволу, власне, й означає заборону використання. В такому випадку існування окремого права перешкоджати

неправомірному використанню об'єкта, в тому числі забороняти таке використання, стає, по суті, непотрібним.

Якщо ж певна особа здійснила використання об'єкта права інтелектуальної власності без дозволу правоволодільця, і такі дії не підпадають під визначені у законі випадки правомірного використання, то має місце порушення майнових прав інтелектуальної власності. В даному випадку у правоволодільця виникає право на звернення до суду із вимогою про захист порушеного права.

Таким чином, «негативна складова» (право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта, в тому числі забороняти таке використання) не повинна розглядатися в якості елемента змісту майнових прав інтелектуальної власності. Існування заборони використання об'єкта права інтелектуальної власності для усіх третіх осіб носить загальний характер і впливає із виключного характеру майнових прав інтелектуальної власності.

Тому зміст майнових прав інтелектуальної власності слід розкривати за допомогою позитивної концепції. Першою складовою змісту цих прав є виключне право на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Щодо другої складової поширеною є позиція, прихильники якої визначають у якості такої правомочність розпоряджання. Якщо сприйняти таку точку зору, то виходить, що зміст майнових (виключних) прав інтелектуальної власності становлять права, які мають різні об'єкти: для права використання ним виступає сам об'єкт права інтелектуальної власності, тоді як для права розпоряджання – майнові права на нього.

У п. 4 ч. 1 ст. 424 ЦК України сказано про «інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом». Такі самі положення містяться стосовно майнових прав на окремі об'єкти інтелектуальної власності (див. напр. ст. 440, 452, 464, 474 ЦК України). Така законодавча позиція ставить питання про можливість віднесення до майнових прав інтелектуальної власності деяких інших суб'єктивних прав у сфері інтелектуальної власності, зокрема таких, як право на плату (винагороду), право на одержання патенту, право слідування.

Право на плату (винагороду) за використання об'єкта права інтелектуальної власності є елементом правовідношення, що виникає між конкретно визначеними суб'єктами. Змістом такого правовідношення є право одного суб'єкта (правоволодільця, автора (винахідника)) вимагати виплати винагороди і кореспондуючий йому обов'язок другого суб'єкта (особи, яка здійснює використання об'єкта, роботодавця) таку винагороду виплатити. Таке правовідношення є відносним і відповідає ознакам зобов'язання, закріпленим у ст. 509 ЦК України. Підставами виникнення такого зобов'язального правовідношення у відповідних випадках виступає договір, факт використання об'єкта, рішення суду або рішення Кабінету Міністрів України. Загалом, право на плату (винагороду) за використання об'єкта права інтелектуальної власності має зобов'язально-правову природу, а тому не може бути віднесеним до майнових прав інтелектуальної власності.

Окремої уваги заслуговує питання щодо можливості віднесення до майнових прав інтелектуальної власності на твір права слідування (ст. 448 ЦК України, ст. 27 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Оскільки право слідування передбачає одержання автором чи спадкоємцем певної грошової суми, то очевидним є майновий (економічний) зміст даного суб'єктивного права. Проте виникають сумніви щодо відповідності права слідування сутнісним ознакам майнових прав інтелектуальної власності: по-перше, правовідношення, елементом змісту якого є право слідування, не має абсолютного характеру; по-друге, об'єктом права слідування слід вважати не сам твір, а оригінал твору (матеріальний об'єкт); по-третє, право слідування, на відміну від майнових прав

інтелектуальної власності, не має виключного характеру. Враховуючи це, право слідування не може бути віднесено до змісту майнових прав інтелектуальної власності на твір.

Право на одержання патенту (свідоцтва) не може бути віднесене до майнових прав інтелектуальної власності з огляду на те, що, по-перше, правовідношення, в рамках якого реалізується це право, за своїм характером не є абсолютним. Праву на отримання патенту (свідоцтва) кореспондує обов'язок органу державної влади (Установи) забезпечити прийняття поданої заявки та проведення по ній експертизи, а в разі відповідності заявленого об'єкта встановленим у законі умовам надання правової охорони – видати патент (свідоцтво) на відповідний об'єкт. По-друге, дане право не є виключним, оскільки в разі створення тотожних об'єктів різними особами незалежно одна від одної право на одержання патенту (свідоцтва) надається першому заявникові (ст. 11 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст. 10 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки», ст. 8 Закону України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», ст. 19 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин»). По-третє, різним є момент виникнення права на одержання патенту (свідоцтва) та майнових прав інтелектуальної власності. Перше виникає у винахідника чи іншого творця на підставі факту створення об'єкта. При цьому майнових прав інтелектуальної власності на такий об'єкт у цей момент ще не існує – останні виникнуть лише після видачі патенту (свідоцтва), тобто після реалізації права на одержання вказаних охоронних документів. Іншими словами, особі не можуть належати одночасно і право на одержання патенту (свідоцтва), і майнові права інтелектуальної власності.

Таким чином, до змісту майнових прав інтелектуальної власності входять:

- 1) виключне право на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності іншим особам.

Для окремих об'єктів, враховуючи їх сутність, зміст майнових прав інтелектуальної власності включає лише одну складову – виключне право на використання (наприклад, географічне зазначення).

Одержано 19.04.2017

УДК 347.122

Олексій Олександрович Кот,

*старший науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
член Ради з питань судової реформи при Президенті України,
кандидат юридичних наук*

ПОХІДНИЙ ПОЗОВ В СИСТЕМІ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

1. Традиційно виникнення інституту т. зв. «похідного позову» (shareholder's derivative action або derivative suit) відносять до англосаксонського прецедентного права та пов'язують з процесом розпорошення акцій серед великої кількості акціонерів, коли одноособна фігура власника корпорації перестала існувати, а управління сконцентрувалося

в руках менеджерів, які час від часу діють у власних інтересах, а не на благо акціонерів, що їх найняли [1].

Проблема зловживань з боку менеджменту та мажоритарних учасників зумовила необхідність формування відповідних механізмів з метою забезпечення дотримання прав міноритаріїв і надання їм інструментів процесуального впливу на акціонерне товариство, воля якого отожднювалася з волею призначеного мажоритарними акціонерами менеджменту.

2. За підвідомчістю Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 07.04.2015 № 289-VIII (надалі – «Закон») відносить категорію справ у спорах між господарським товариством та його посадовою особою до компетенції господарських судів. При цьому, законодавець визначив виключну підсудність для даної категорії справ – за місцезнаходженням юридичної особи. Аналогічним чином питання вирішується і у проекті нового ГПК України [2].

Цілком зрозуміло, що законодавець мав на увазі місце знаходження відповідного господарського товариства, в інтересах якого подається позов. Утім, формулювання Закону (ч. 7 ст. 16 ГПК України) передбачає можливість виникнення певної колізії при визначенні підсудності у разі, коли учасником, якому надано право звертатися з позовом від імені товариства, також є юридична особа.

3. Позивачем у справах про відшкодування збитків посадовими особами товариств є господарське товариство, в інтересах якого подано позов про відшкодування збитків, завданих цьому товариству діями або бездіяльністю його посадової особи.

Разом з цим Закон встановлює обмеження щодо кола учасників (акціонерів) які мають право подати до господарського суду позовну заяву від імені господарського товариства та заяву про здійснення представництва позивача. Таким правом Закон наділяє лише *учасника (акціонера) товариства, якому сукупно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) товариства*.

Крім того, встановлено, що учасник (акціонер) товариства, який подав позов проти посадових осіб товариства, та призначений ним представник мають статус представника відповідного товариства. Представник може здійснювати представництво товариства особисто (якщо він є фізичною особою), через свої органи (якщо він є юридичною особою), через органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (якщо він є державою, Автономною Республікою Крим, територіальною громадою), через інших своїх представників.

Вбачається, що законодавцю варто було б акуратніше та точніше підходити до таких визначень. Є підстави вважати, що законодавець мав на увазі дві потенційно можливі моделі наділення учасників (акціонерів) правом подання позову від імені товариства до його посадових осіб. Це, передусім, ситуація, коли правом на похідний позов учасника (акціонера) товариства, якому одноосібно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) товариства. Аналогічним правом на такий позов, на наш погляд, наділяється також і група учасників (акціонерів), яким сукупно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) товариства – хоча при цьому участь жодного з таких учасників (акціонерів) не перевищує 10 %.

Відкритим залишається питання про те, яким чином група таких учасників (акціонерів) мають визначати свого представника, яким чином повинні бути підтверджені його повноваження, чи залишається можливість у учасників (акціонерів), які брали участь у формуванні такої групи, змінити своє рішення про участь в групі після ініціювання позову або рішення про обрання/призначення представника та ін.

На жаль, ст. 28 ГПК не містить відповіді на зазначені питання. Вона лише встановлює певні правила для випадків, коли у одного товариства в процесі є декілька представників, встановлюючи принцип *consensus omnium* як необхідну умову для реалізації права сторони господарського процесу на відмову від позову, зменшення розміру позовних вимог, зміна предмету або підстави позову, укладення мирової угоди, відмови від апеляційної або касаційної скарги. При цьому така спільна згода представників має бути зафіксована письмово.

5. Не менш цікавим та так само недостатньо врегульованим в Законі та ГПК України є питання про фігуру відповідача у спрах за похідними позовами.

Відповідачем у даній категорії справ є посадова особа (у тому числі посадова особа, повноваження якої припинені), до якої пред'явлено позовну вимогу про відшкодування збитків, завданих господарському товариству її діями чи бездіяльністю. Відповідно, у цій категорії справ зазначена посадова особа не має права представляти товариство та призначати представника для участі у справі від імені господарського товариства (ч. 10 ст. 28 ГПК України).

Водночас законодавець з незрозумілих причин залишив поза увагою низку вкрай важливих питань, що впливають на матеріальний та процесуальний зміст позовної вимоги до посадової особи. Зокрема, на законодавчому рівні не визначено, до яких саме посадових осіб колегіального органу товариства (наглядової ради, ради директорів, правління тощо) мають пред'являтися позовні вимоги про відшкодування збитків, завданих внаслідок прийняття таким органом певного рішення. Особливо актуальним та складним це питання стає у випадках, коли рішення приймалося колегіальним органом неодностайно.

Не менш важливим з практичної точки зору є необхідність надання правової оцінки ситуації, коли позов адресовано посадовій особі, яка діяла на виконання рішення іншого органу товариства (наприклад, коли позов про відшкодування збитків пред'явлено до голови правління товариства, який підписав договір на виконання відповідного рішення наглядової ради товариства тощо).

6. Окремо слід відзначити, що ані Законом, ані ГПК України не визначено процесуальний статус інших учасників або акціонерів товариства, які не підтримують позов учасника (акціонера) товариства, що подав позов проти посадової особи товариства. З об'єктивних причин не містить відповіді на це питання й Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про Закон України від 07.04.2015 № 289-VIII “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів”» (надалі – «Лист ВГСУ»).

7. Натомість, зазначений Лист ВГСУ досить багато уваги регламентує процедурні питання, пов'язані із розглядом справ за похідними позовами.

Зокрема, ВГСУ детально розтлумачив змінену Законом редакцію ст. 49 ГПК України щодо судових витрат.

Надавши право учасникам (акціонерам) товариства подавати позови про стягнення збитків, законодавець при цьому встановив, що в разі задоволення позову та стягнення із посадової особи на користь товариства завданих збитків, судові витрати, понесені учасником (акціонером) товариства, який подав такий позов, стягуються на користь такого учасника (акціонера). Отже, у випадку задоволення позову про стягнення збитків з посадової особи суди мають видавати два накази: один з яких (на суму стягнутих збитків) – товариству, якому завдано збитки, а другий (на суму стягнутих судових витрат) – учаснику (акціонеру) товариства, що звернувся із позовом про стягнення цих збитків.

Утім, оскільки чинна редакція ст. 116 ГПК України (наказ господарського суду і пред'явлення його для виконання) встановлює виключний перелік підстав для видачі кількох наказів господарського суду за одним рішенням суду (коли рішення ухвалено на

користь кількох позивачів або проти кількох відповідачів та коли виконання рішення повинно бути проведено в різних місцях), вбачається, що без внесення змін до вказаної статті ГПК отримати відповідний наказ про стягнення судового збору на користь учасника (акціонера) товариства (який за своїм процесуальним статусом не є позивачем) буде непростим або навіть неможливо.

8. Особлива увага в Листі ВГСУ приділяється питанням публічного висвітлення процедури розгляду справ про відшкодування збитків товариству його посадовою особою через веб-сайт ВГСУ.

Обов'язковою умовою розгляду справ у спорах між господарським товариством та його посадовою особою є обов'язкове офіційне оприлюднення інформації, що детально регламентовано в новій ст. 4⁸ ГПК України.

Так, офіційному оприлюдненню через веб-сайт Вищого господарського суду України підлягають:

1) ухвали про порушення провадження у справі про відшкодування збитків, завданих господарському товариству його посадовою особою (а також ухвали про прийняття до провадження апеляційної чи касаційної скарги);

2) інформація про оголошення перерви в судовому засіданні;

3) заяви учасників (акціонерів) про призначення представників позивача.

Усі названі вище документи та інформація будуть розміщуватись відповідним господарським судом на офіційному веб-сайті Вищого господарського суду України на єдиній веб-сторінці, на якій щодо кожної справи про відшкодування збитків, завданих господарському товариству його посадовою особою, наводитимуться такі відомості:

– номер справи;

– найменування та адреса відповідного господарського суду, ухвалою якого порушено провадження у зазначеній справі або прийнято до провадження апеляційну чи касаційну скаргу в такій справі;

– найменування позивача (повна назва господарського товариства згідно з даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань);

– місцезнаходження позивача (юридична адреса господарського товариства згідно з даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань);

– ідентифікаційний код позивача;

– ціна позову;

– дата оприлюднення кожного документа;

– найменування (для юридичних осіб) або ім'я (прізвище, ім'я та по батькові (за наявності) – для фізичних осіб) представника (представників) позивача;

– інформація про призначення представника учасниками (акціонерами) господарського товариства із зазначенням найменування (для юридичних осіб) або імені (прізвища, імені та по батькові (за наявності) – для фізичних осіб) таких учасників (акціонерів), якщо позовна заява подана представником, призначеним учасниками (акціонерами) позивача відповідно до частини восьмої статті 28 ГПК України.

Список бібліографічних посилань:

1. Журбин Б. А. Групповые и производные иски в судебно-арбитражной практике // Сейчас.ру. Новости России и мира: сайт. URL: <https://www.lawmix.ru/commlaw/380>.

2. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших

УДК 347.19

Володимир Володимирович Кочин,

заступник директора з підготовки наукових кадрів

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,

кандидат юридичних наук

МЕЖІ УЧАСТІ НЕФОРМАЛЬНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ

Розвиток суспільних відносин впливає на зміни в суб'єктному складі цивільного обороту. Проте ключовими учасниками цивільних відносин залишаються особи – фізичні та юридичні. Окремими нормативно-правовими актами визначені права та обов'язки організацій, які не мають статусу юридичної особи та не відносяться до суб'єктів публічного права. Переважною метою їх створення є реалізація громадянських, політичних, культурних, соціальних та інших прав та обов'язків, що може зумовлювати їх участь цивільні відносини. Інші організації реалізують суто приватні інтереси (особисті немайнові чи майнові), тому їх участь у цивільному обороті без статусу юридичної особи видається обмеженою.

Фактично правовідносини як матерія можуть виникати лише між людьми як реальними (дійсними) учасниками. Однак суб'єктів правовідносин поділяють на індивідуальні і колективні. Останні, в свою чергу, можуть утворювати особливий суб'єкт правових відносин – юридичну особу, яка в сучасному розумінні визначається як організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку (ч. 1 ст. 80 ЦК України).

Поняття суб'єктів правовідносин і суб'єктів права не завжди збігаються, оскільки правовідносини – не єдина форма реалізації норм права. Так, *учасниками* цивільних відносин є фізичні та юридичні особи (ч. 1 ст. 2 ЦК України), а також *суб'єкти* публічного права (ч. 2 ст. 2 ЦК України), які практично мають інші форми участі в цивільних відносинах і, вочевидь, є суб'єктами цивільного права, а не «особами» як учасники. Так, Український народ як суб'єкт права власності (ст. 324 ЦК України) бере участь у цивільних відносинах через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

В. І. Борисова зазначає, що юридична особа як учасник цивільних відносин «живе» за певними законами, постійно удосконалюючись зі зміною соціально-економічних формаций [1, с. 31]. Дійсно, цей учасник суспільних відносин вже не завжди ототожнюється з його засновниками (учасниками), тим самим є окремим та самостійним. Існування інституту юридичної особи дозволяє зробити висновок, що у правових відносинах на їх сучасному етапі розвитку на перший план виходить юридичний, а не фактичний зміст (сенс).

З розвитком суспільних відносин ускладнюється процес реалізації окремих приватних інтересів єдиною людиною, а часом робить її взагалі неможливою. Тому, хоча у *ius Quiritium* і не використовувалася категорія юридична особа, однак без єдиної термінології вживалися такі категорії, як: *corpus habere*, *collegium*, *universitas*, які можна окреслити як приватні корпорації, більше того, як свідчить Гай, Закони XII таблиць довели право релігійних спілок мати статuti, аби вони не суперечили закону [3, с. 62].

Отже, інститут юридичної особи поступово окреслювався на основі простих суспільних організацій, які в сучасних умовах відповідають поняттю «неформальні організації» – організації, які не визнані державою як юридичні особи (трудові колективи, самодіяльні театри, ініціативні групи тощо). Вони, на нашу думку, як і римські корпорації перебувають на етапі становлення як учасники правових відносин. Тобто, основні принципи правосуб'єктності, визначені ще римським правом, можуть бути використані при формуванні оптимальної моделі правового статусу неформальних організацій.

Сутність юридичної особи відповідно до римської теорії зводилася до того, що в силу практичних міркувань право створює *фікцію* (припущення), що в окремих випадках існує ніби як фізична особа, як би людина, якій належать ці права. Така конструкція була висловлена юристом Флорентином (*libro 8 institutionum*) L. 22 D de fidejussoribus et mandator, що дозволяло визначити право- та дієздатність юридичних осіб [8, с. 115–116]. Норми-фікції у сучасному розумінні є нормами, які для цілей правового регулювання визнають існуючими ті факти, що відсутні в реальному житті, і навпаки [4, с. 242]. Вже у XII ст. папа Інокентій IV уперше встановив положення, що юридична особа – це поняття, що не збігається з поняттям пов'язаних осіб та не має здатності волі і не може діяти сама, а тільки через своїх членів [5, с. 5–6].

Досліджуючи положення римського права щодо прав юридичних осіб, Ф. К. фон Савіній не виключав можливості набуття ними таких цивільних прав як: 1) *майнові права*, які забезпечували, подібно інституту опіки над недієздатними, шляхом створення їх «статуту», тобто шляхом визначення прав та обов'язків учасників такої організації. Зокрема, йдеться про: а) власність; б) сервітуту (за виключенням *usus*); в) володіння; 2) *зобов'язальні права*, що забезпечується можливістю укладення договорів їх статутними представниками. При цьому свобода договору обмежувалася метою створення юридичної особи (що відображає зародження спеціальної правоздатності юридичних осіб); 3) *право на звернення до суду* шляхом представництва з правами прокуратора; 4) *спадкові правовідносини* у частині права бути спадкоємцем; 5) *відносини, що виникають із деліктів*, зокрема, можливість їх припинення, процесуальні штрафи (хоча слід підкреслити, що відповідальність носила переважно політичний характер) [6, с. 156–179].

Нині цивілісти приділяють увагу особливостям цивільно-правового статусу так званих «колективних утворень» [7, с. 56], які, не є суб'єктами права, проте *об'єднують в єдине ціле* (курсив наш. – В. К.) різних суб'єктів права. При цьому, як зауважує М. К. Сулейменов, останнім часом з'являється усе більше нових утворень, яким не приділяється належна увага [7, с. 57]. Так, найбільш типовими є відносини з їх участю, які виникають з: 1) права спільної власності; 2) спільного права інтелектуальної власності; 3) спільного спадкового права; 4) спільного здійснення підприємницької діяльності. Крім того, продовжує автор, для надання колективним утворенням статусу учасника правовідносин необхідно переглянути ряд фундаментальних положень цивільного права, зважаючи на можливі непередбачувані та небажані наслідки [7, с. 59].

Необхідно зауважити, що на сьогодні законодавством не передбачено можливості участі неформальних організацій у спадкових чи деліктних відносинах. Проте названі організації можуть набувати окремих цивільних прав та обов'язків. Так, ключовими цивільно-правовими правами, які необхідні учаснику відносин, є, беззаперечно, майнові, оскільки саме вони забезпечують можливість економічної і соціальної самостійності особи. Здійснення всіх правомочностей з володіння, користування і розпорядження можливе лише власником – суб'єктом права власності. Законодавством також передбачені випадки реалізації окремих правомочностей власника неформальними організаціями. На практиці така проблема виникла при визначенні права профспілкової власності [2].

ЗК України визначено можливість набуття права постійного користування земельною ділянкою, тобто володіння та користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності, без встановлення строку громадськими організаціями інвалідів України, їх підприємствами (об'єднаннями), установами, організаціями (п. «б» ч. 2 ст. 92). Примітним є той факт, що право постійного користування було фактично збережено й для інших організацій, навіть без статусу юридичної особи, рішенням Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005.

На практиці право постійного користування і право власності є дуже подібними явищами, особливо якщо зважати на їх безстроковий характер, а також порядок оформлення документів. Вочевидь, використовуючи принципи римського права, якщо і потрібно зберігати право постійного користування, то слід зважати на: 1) цільове використання майна; 2) обмежений суб'єктний склад такого користування; 3) публічний контроль щодо користування. Саме ці особливості забезпечать можливість реалізації діяльності неформальних організацій без набуття ними статусу юридичної особи.

У зобов'язальних відносинах стороною у зобов'язанні може бути виключно особа, що опосередковано визначено ст. 510 ЦК України. Тому, неформальне товариство самостійно не може брати участь у зобов'язальних відносинах. Вважаємо, що така організація може виступати учасником зобов'язальних відносин за аналогією до простого товариства (ст. 1133–1143 ЦК України).

Однією із ознак юридичної особи є наділення її цивільною процесуальною правосуб'єктністю. Проте можливість особисто реалізовувати ці права та обов'язки мають лише юридичні особи та фізичні особи, які досягли повноліття (ч. 1 ст. 29 ЦПК України). Отже, неформальна організація самостійно не може бути учасником цивільного провадження, і її участь, фактично, може бути реалізована внаслідок використання інших процесуальних механізмів, наприклад у межах інституту групового позову (ст. 32 ЦПК України).

Отже, відсутність статусу юридичної особи не означає заперечення можливості організацій брати участь в окремих цивільних відносинах, що має допоміжний характер. Реформування інститутів «третього сектору» зумовлює вироблення сучасних механізмів участі неформальних організацій у правових відносинах. Враховуючи мету таких організацій, Закон України «Про громадські об'єднання» передбачає окремо: 1) права громадських об'єднань, які є неформальними організаціями, що мають публічно-правовий зміст; 2) право на участь у цивільних відносинах виключно громадських об'єднань зі статусом юридичної особи (ст. 21).

Тобто, неформальні організації можуть набути властивості суб'єктів права як потенційних учасників конкретних відносин, однак для набуття додаткових властивостей юридичного характеру в конкретно значущій ситуації (зокрема, в цивільних відносинах) статусу неформальної організації недостатньо.

Так, Законом України «Про громадські об'єднання» вже передбачено визначення установчими документами порядок визначення особи, уповноваженої представляти громадське об'єднання, та її заміни (для громадських об'єднань, що не мають статусу юридичної особи) (п. 4 ч. 1 ст. 11). Однак повністю механізм такого представництва законодавством не передбачений, що, на нашу думку, є правовим недоліком.

Зважаючи на викладене вважаємо за доцільне звернути увагу на наступне. Неформальна організація, яка не набуває статусу юридичної особи, повинна мати установчі документи, які відображатимуть її внутрішній устрій та розподіл прав та обов'язків між членами цієї організації, зокрема щодо її представництва для участі в цивільних відносинах. Вона може набувати лише окремі правомочності власника, зокрема право володіння

та користування із обов'язковим визначенням правового режиму цільового використання такого майна. Участь у зобов'язальних відносинах неформального товариства можлива лише через її членів за аналогією з моделлю діяльності простого товариства. Неформальні організації мають бути наділені окремими цивільними процесуальними правами та обов'язками, що дозволить вирішити питання процесуальної співучасті. Для належного оформлення цивільно-правового статусу неформальної організації необхідно виробити модель цивільної деліктозності такої організації, оскільки саме цивільна відповідальність є однією із гарантій можливості брати участь у цивільному обороті.

Список бібліографічних посилань:

1. Борисова В. Інститут юридичної особи у праві України. *Право України*. 2010. № 12. С. 25–31.
2. Дзера О. В. Особливості здійснення і захисту права профспілкової власності // Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин: монографія/за заг. ред. В. В. Луця. Київ: НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2011. С. 160–169.
3. Дроніков В. К. Римське приватне право. Київ, 1961. 198 с.
4. Загальна теорія держави і права/М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. Харків: Право, 2011. 584 с.
5. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: монографія. Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2004. 328 с.
6. Савиньї Ф. К. фон Система современного римского права: в 8 т./пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одеса: Центр исследования права им. Савиньї. 2012. Т. II. 573 с.
7. Сулейменов М. К. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2006. 587 с.
8. Хвостов В. М. Система римского права. М.: Спарк, 1996. 522 с.

Одержано 20.04.2017

УДК 347.44

Михайло Михайлович Хоменко,

асистент кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8031-850X>

МЕЖІ СВОБОДИ ДОГОВОРУ: ПОГЛЯД КРІЗЬ ПРИЗМУ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ

1. Традиційним для цивілістики є визначення наступних складових принципу свободи договору: 1) право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства; 2) право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами; 3) можливість відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (за умови, що в цих актах прямо не вказано про відсутність такої можливості, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства не випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами; 4) право сторони укладати договір, як передбачений, так і не передбачений законом або іншими правовими актами, в тому числі змішаний договір, в якому містяться елементи різних договорів.

2. Водночас, свобода договору не є абсолютною та має відповідні межі. Перш за все, дія досліджуваного принципу обмежується стадією укладення договору. Таким чином, свобода договору не розповсюджується на договір як правовідношення.

Обмеженість принципу свободи договору стадією укладення має надзвичайно важливе теоретичне та практичне значення. Зокрема, це стосується обрання можливого способу захисту. Так, ч. 2 ст. 20 ГК України [1] передбачає такий спосіб захисту як установлення господарських правовідносин. Водночас, ЦК України [2] у ст. 16 не містить відповідного способу захисту.

Відсутність в переліку способів захисту цивільних прав та інтересів, передбачених ст. 16 ЦК України, такого способу захисту як спонукання до укладення договору зумовлена неможливістю впливу третіх осіб на волю та волевиявлення потенційних учасників договірної правовідносини¹ та невідповідністю загальним засадам цивільного законодавства² (і, перш за все, принципу свободи договору).

3. Водночас, в якості непоіменованого способу захисту спонукання до укладення договору відоме національній правозастосовній практиці (в т.ч. і судовій). Більше того, у випадках, передбачених спеціальним законодавством, обов'язок укладення договору покладається на конкретну особу (див., напр., Закони України «Про здійснення державних закупівель» (ст. 31) [3], «Про ринок природного газу» (п. 26 ч. 1 ст. 1) [4], «Про теплопостачання» (ст. 25) [5], «Про житлово-комунальні послуги» (ст. 21) [6]).

На нашу думку, якщо обов'язковість договору для однієї зі сторін прямо не передбачена законодавством або якщо відсутня попередня домовленість про укладення договору (напр., внаслідок укладення попереднього договору), особа не позбавлена можливості скористатися таким способом захисту як спонукання до укладення договору.

Застосування досліджуваного способу захисту вбачається можливим у випадках, в яких воно має наслідком реальне поновлення порушеного, невизнаного або оспорюваного суб'єктивного цивільного права або охоронюваного законом інтересу, а способи захисту цивільних прав та інтересів, визначені законом або договором, не надають потерпілій стороні реальної можливості здійснити захист її цивільних прав та інтересів.

Можливість застосування непоіменованих способів захисту суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних законом інтересів пропонується розглядати крізь призму положень статті 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [7]. Зокрема, у випадку, якщо застосування не передбаченого законом або домовленістю сторін способу захисту сприяє реальному поновленню невизнаного, оспорюваного або порушеного суб'єктивного цивільного права або охоронюваного законом інтересу.

Окрім права на ефективний засіб юридичного захисту, що гарантоване статтею 13 Конвенції, необхідно зазначити про статтю 7.2.5 Принципів УНІДРУА [8], яка передбачає можливість застосування потерпілою стороною, що вимагає виконання негрошового зобов'язання, будь-якого іншого засобу правового захисту³. До того ж, потерпілій стороні надається

¹ З певними застереженнями можна зазначити, що свобода договору захищається і нормами КК України: у ст. 206 йдеться про протиправну вимогу укласти угоду (але лише у сфері господарської діяльності. – М. Х.).

² Варто зазначити, що у випадку зі зміною чи припиненням правовідношення також відбувається втручання у сферу договірної регуляції та правовідношення змінюється або припиняється всупереч волі та волевиявленню конкретного учасника.

³ Аналогічне положення міститься у ч. 2 ст. 275 ЦК України: захист особистого немайнового права може здійснюватися також іншим способом відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що їх спричинило це порушення.

можливість скористатися будь-яким іншим засобом правового захисту у випадку, якщо рішення суду про виконання негрошового зобов'язання не може бути примусово виконано.

4. Випадки, у яких держава виступає не на засадах юридичної рівності, є винятком із принципу свободи договору: відповідний договір укладається відповідно до вимог цивільного законодавства, водночас згідно з нормами публічного права одна з його сторін є зобов'язаною до його укладення (напр., Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» [9]¹).

5. На нашу думку, спонукання до укладення договору за своїм змістом є вимогою про визнання права: судові рішення у переважній більшості випадків не встановлює змісту конкретного договору, а підтверджує право однієї сторони вимагати укладення з нею договору. Разом з тим, таке «визнання права» не можна визначити типовим, зважаючи на виникнення в уповноваженої сторони (сторони, яка має право вимагати укладення з нею договору) не лише прав, але і обов'язків.

Список бібліографічних посилань:

1. Господарський кодекс України: від 16 січ. 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України: від 16 січ. 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
3. Про здійснення державних закупівель: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 24. Ст. 883.
4. Про ринок природного газу: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 27. Ст. 234.
5. Про теплопостачання: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 28. Ст. 373.
6. Про житлово-комунальні послуги: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 47. Ст. 514.
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 4 листоп. 1950 р. *Офіційний вісник України*. 1998. № 13.
8. UNIDROIT Principles 2010 // International Institute for the Unification of Private Law: сайт. URL: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>.
9. Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 1. Ст. 1.

Одержано 28.04.2017

¹ Законом України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» передбачено обов'язковість укладення відповідного договору як для страхувальника, так і для страховика.

СЕКЦІЯ «ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ПРАВА»

УДК 347.440.44

Олексій Леонідович Зайцев,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9530-3941>

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ

Тендерні процедури починаються зі створення тендерного комітету (ТК) у складі Замовника. Згідно з п. 31 закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закону) тендерний комітет – службові (посадові) та інші особи замовника, призначені відповідальними за організацію та проведення процедур закупівлі відповідно до Закону та наказу Мінекономіки от 30.03.2016 № 557 «Про затвердження Примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб)».

Згідно п. 1.2 Положення тендерний комітет – це службові (посадові) та інші особи замовника, призначені відповідальними за організацію та проведення процедур закупівлі відповідно до Закону. У свою чергу, уповноважена особа (особи) – це службове, посадова і інша фізична особа замовника, призначена відповідальною за організацію та проведення процедур закупівлі відповідно до Закону на підставі власного розпорядчого рішення або трудового договору (контракту). Положення ніяк не регулює питання, чи може на ПОУ одночасно діяти ТК і уповноважена особа? Такий дуалізм різних квазісуб'єктів правовідносин з одними і тими ж правами явно не спрямований на однакове врегулювання тендерних процедур.

Склад ТК, зміни в складі та положення про ТК затверджуються рішенням замовника. До складу ТК повинні входити не менше п'яти осіб. У разі, якщо кількість службових (посадових) осіб у штатній чисельності працівників замовника є меншою п'яти осіб, до складу ТК повинні входити всі службові (посадові) особи замовника. Явний недолік Положення – це відсутність вимог до персонального складу ТК з точки зору здійснення посадових повноважень.

Керівництво роботою ТК здійснює його голова, який призначається замовником і може мати право (а на думку автора – зобов'язаний) на підписання договорів в разі надання таких повноважень замовником, оформлених відповідно до законодавства. Голова ТК призначає заступника (заступників) голови, секретаря з числа членів ТК та визначає функції кожного члена ТК. Рішення голови ТК за призначенням заступника (заступників) голови та секретаря ТК, визначення функцій кожного члена ТК та вирішення інших питань заносяться до протоколу засідання ТК.

Голова, секретар та інші члени ТК можуть пройти навчання з питань організації та здійснення закупівель. На наш погляд така норма є неприпустимою. Згідно ст. 164-14 КУпАП України «Порушення законодавства про закупівлі тягне за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб від семисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ті самі дії, вчинені повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення за одне з правопорушень, зазначених у частині першій цієї

статті, – тягнуть за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб від тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». Тому слід було б передбачити обов'язковість навчання членів тендерного комітету з отриманням диплома (сертифіката) державного зразка. Більш детально це питання досліджувався автором в публікації «Створення тендерного комітету на підприємстві» [1].

Безпосередньо процес закупівлі починається з розробки та затвердження на засіданні ТК річного плану закупівель. Наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель» від 22.03.2016 № 490 затверджено форму Річного плану закупівель. Слід відразу зазначити не автентичність і розбіжність категорій «предмет закупівлі» і «предмет договору». Не вдаючись в проблеми визначення поняття «предмет договору», яку досліджував І. В. Стрижак, відзначимо, що предмет договору закупівлі – це його єдина істотна умова, яке прямо передбачено ЦК України в загальних положеннях про договір.

Недосконалість національної процедури полягає в тому, що законодавець не передбачив тимчасові рамки для ТК зі складання річного плану, відповідальності за нездійснення публікації річного плану на власних ресурсах, процедуру узгодження річного плану з основним розпорядником коштів тощо. Для майбутнього договору цей етап має важливе значення, оскільки саме в Річному плані вказується найменування предмета закупівлі – товари, роботи чи послуги, які закуповуються замовником.

Протягом усієї процедури торгів Замовник самостійно і безкоштовно через авторизовані електронні майданчики публікує на веб-порталі Уповноваженого органу в порядку, встановленому уповноваженим органом і Законом, інформацію про закупівлю, а саме: оголошення про проведення процедури закупівлі та тендерну документацію. Відповідальність за повноту і достовірність публікацій на веб-порталі Уповноваженого органу несуть голова та секретар ТК замовника або уповноважена особа (особи).

Недоліки такого підходу законодавця очевидні. По-перше, не враховується співвідношення робочих і неробочих днів. По-друге, в багатьох випадках терміни необґрунтовано скорочені до одного дня. По-третє, не враховується можливість відсутності з поважних причин членів ТК, що призведе до неопублікованого перерахованої інформації. По-четверте, відсутній механізм виправлення механічних описок і технічних помилок. По-п'яте, банальні технічні проблеми – відсутність інтернет-зв'язку, втрата зв'язку з електронним майданчиком і т. д.

Вінчає процедуру закупівлі договір про закупівлю – договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі, та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари. Повідомлення про намір укласти договір про закупівлю оприлюднюється протягом одного робочого дня з дня прийняття рішення про визначення переможця процедури закупівлі, а договір про закупівлю – протягом двох днів з дня його укладення. Договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених Законом.

До 07.12.2012 діяв наказ Мінекономіки «Про затвердження Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за Державні кошти» від 27.07.2010 № 925. У наш час форма як проекту, так і самого договору залишається питанням не врегульованим, що викликає зацікавленість наукового пошуку в цьому напрямку.

Істотними умовами договору є: умови про предмет договору; умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду; всі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Сторони договору про закупівлю досягають згоди шляхом проведення процедури закупівлі. Тобто коли замовник включив умови в проект договору, ґрунтуючись на нормах абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України, такі умови і є умовами, щодо яких, на думку замовника, має бути досягнуто згоди. Якщо учасник подав тендерну пропозицію, в якому погодився з проектом договору, і був визнаний переможцем процедури закупівлі, він повинен укласти договір про закупівлю, зміст якого не повинно суперечити включеному до тендерної документації проекту договору про закупівлю. У той же час договори про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі полягають в особливому порядку. Адже в ст. 35 Закону немає чіткої вимоги про обов'язок замовника погоджувати з учасником (учасниками) під час переговорів проект договору. Відповідно до ч. 3 ст. 631 ГК України сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення. А на зобов'язання, що виникли у сторін до укладення ними господарського договору, не поширюються умови укладеного договору, якщо інше не встановлено договором (ч. 7 ст. 180 ЦК України). Однак застосувати цю норму можна тільки тоді, коли сторони договору вступають в стосунки ще до моменту його укладення. У той же час договір про закупівлю відповідно до Закону укладається за результатами проведення процедур закупівель. Під час тендерних процедур та проводиться конкурентний відбір учасників для визначення переможця торгів. Виняток у цій ситуації становить переговорна процедура закупівель, яка передбачає укладення договору без проведення конкурсного відбору. Таким чином, тільки в разі укладення договору за результатами переговорної процедури сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.

Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Договір про закупівлю можливий і в електронній формі. Стаття 205 ЦК України визначає, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Як бачимо, дотримуючись норм ЦК, який передбачає можливість укладення договорів в електронній формі, замовник і переможець торгів можуть укладати договори про закупівлю в електронній формі, якщо мають для цього відповідні технічні та організаційно-правові передумови.

Недоліки цього етапу наступні. По-перше, договір про закупівлю не є «результатом процедури закупівлі» тому, що центральний орган виконавчої влади, який реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів до здійснення оплати за договорами про закупівлю перевіряє наявність та відповідність укладеного договору про закупівлю за звітом про результати проведення процедури закупівлі та річному плану закупівель. Тобто договір про закупівлю повинен відповідати звіту про закупівлі, а не навпаки. А звіт і буде «результатом процедури закупівлі».

Виконання договору здійснюється за загальними правилами Цивільного та Господарського кодексів України. Виходячи з особливостей бюджетного законодавства замовник державних закупівель знаходиться в переважному перед контрагентами стані: ціна договору може змінюватися тільки в сторону зменшення; продукцію замовник може отримувати в обсягах фінансування, а не зазначених у договорі; оплата може здійснюватися не раніше 90 днів з моменту подачі документів на оплату і т. д.

Як висновок ми можемо констатувати, що торги являють собою жорсткий і строго формалізований фактичний склад правовідносини на перехресті адміністративного, господарського та цивільного прав. Тому для виникнення договірної зобов'язання в результаті торгів необхідна наявність всієї сукупності юридичних фактів, які відбуваються в певній чіткій

послідовності, встановленої законодавством для визначення переможця торгів і підписання з ним договору.

Список бібліографічних посилань:

1. Зайцев О. Л. Створення тендерного комітету на підприємстві // Сфера дії трудового права та права соціального забезпечення: матеріали V Всеукр. наук.-практ. конф. (Харків, 28 жовт. 2016 р.)/за заг. ред. К. Ю. Мельника; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2016. С. 157–161.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.131

Наталія Олександрівна Горобець,

*професор кафедри юридичних дисциплін Сумської філії
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2731-9682>*

**ПОЗОВНА ДАВНІСТЬ У КОНТЕКСТІ СУЧАСНОГО
ПРАВОРОЗУМІННЯ**

Ще з часів римської держави інститут позовної давності покликаний забезпечувати визначеність та стабільність цивільних правовідносин, дисциплінувати учасників цивільного обігу, стимулювати їх до активності у здійсненні належних їм прав, зміцнювати договірну дисципліну, сталість цивільних відносин.

У більшості національних правопорядків пропуск позовної давності призводить до втрати права на пред'явлення позову або це право значно обмежується щоб перешкодити судовому розгляду, який через запізнення може спотворити об'єктивність судового рішення. Європейський суд з прав людини (далі ЄСПЛ) у своїх рішеннях вказує на призначення позовної давності, як необхідність забезпечити правову визначеність, її строки «сплугують декільком важливим цілям, зокрема вони забезпечують правову визначеність і остаточність, захищають потенційних відповідачів від задаваних вимог, яким було б важко протистояти, і запобігають несправедливості, що могла б виникати, якби суди мусили ухвалювати рішення стосовно подій, які мали місце в далекому минулому, і на підставі доказів, які вже могли б стати ненадійними й неповними з плином часу» [1, с. 25].

У вітчизняній науці традиційне вчення про позовну давність сформувалося ще за радянської цивілістичної доктрини, яке переважно і до сьогодні вважається аксіоматичним. Однак, існує ряд положень, що за умов вітчизняної правотворчої та правозастосовної діяльності потребують з'ясування. Серед них пріоритетне місце займають питання природи позовної давності, визначення початку перебігу та погашення позовної давності тощо.

Позовна давність вивчалася вченими як у межах строків та термінів, так і окремо, як самостійний предмет дослідження. Зокрема, позовній давності були присвячені роботи І. Є. Енгельмана, М. Я. Кириллової, О. П. Сергєєва, Є. О. Крашенинникова, Б. Б. Черепаніна, Г. Ф. Дерев'янко, Т. О. Терещенко, О. В. Шовкової, Т. М. Вахонєвої, В. О. Пушняка, В. В. Луця, В. І. Цікало та ін.

Позовна давність – це важливий інститут, який лежить на перетині процесуального і матеріального права, а тому помилки у застосуванні положень цього інституту потенційно можуть загрожувати порушеннями абсолютно будь-яких прав [1, с. 25]. Сьогодні завдяки новому ЦК України етатистське трактування права, яке було концептуальною основою загальноприйнятого розуміння позовної давності суттєво перетерпіло змін.

В основу традиційного розуміння позовної давності закладено ідею суб'єктивного цивільного права, що внаслідок конфліктної ситуації перетворилося в порушене право та обумовило виникнення права на позов в матеріальному сенсі, що у свою чергу зумовлює необхідність відмежовувати право на позов – у процесуальному. Останнє положення, здебільшого не має нічого спільного з позовною давністю. При цьому погашення позовної давності призводить до втрати права на позов, а відповідно й існування самого порушеного права під питанням, оскільки позбавлено підтримки апарату примусу. А звідси, і поява конструкцій добровільного виконання обов'язку боржника після закінчення перебігу позовної давності [2, с. 7–8]. Висловлювалася позиція необхідності введення правової фікції, ніби фактичні відносини оживляються добровільним виконанням, що не породжене дією примусу і паралізує погашаючу сутність позовної давності [3, с. 266–267] тощо. Зазначалося також, що погашення позовної давності приводило лише до позбавлення права на юрисдикційний захист порушеного суб'єктивного права, але не припиняло його існування [4, с. 21–22].

Під впливом трансформаційних процесів у праві сучасні цивілістична думка та правотворча діяльність щодо позовної давності фактично зазнали змін.

О. В. Шовкова пропонує розглядати позовну давність як сукупність темпоральних і «діяльних» рис, де перші – знаходять свій прояв у тому, що досліджуване правове явище є певним періодом у часі, а «діяльні» – передбачають, що позовна давність включає подання позову або вчинення (не вчинення) інших дій в межах строку, втрату права на захист (права на позов) [5, с. 5]. Погоджуючись з позицією автора, слід зазначити, що вона співзвучна з положеннями, що висловлювалися в науці і розглядає позовну давність як об'єктивне та суб'єктивне явище цивільного права. Є встановлений законом період часу, який дозволяє особі за допомогою юрисдикційної форми захисту цивільних прав та інтересів здійснити захист оспорюваного, невизнаного чи порушеного суб'єктивного права. Уповноважена особа керуючись власними інтересами може скористатися або не скористатися цим правом.

На сьогодні положення ЦК України, судової практики ЄСПЛ та національних судів закріплює можливість (у встановлених випадках) розгляду позовних вимог по суті незалежно від впливу позовної давності. За умови якщо кредитор, подавши позов, висловив бажання захистити своє порушене право, а боржник, не заявивши про сплив позовної давності, допускає можливість необ'єктивності розгляду через «давність» відносин, – не заперечують щодо цього. Поряд із цим, ЦК України допускає можливість у договірному порядку збільшити позовну давність. Позицію законодавця щодо заборони зменшувати строк (відповідні зміни до ЦК України) вважаємо доречною, оскільки це може штучно ставити кредитора у невідгідне положення у порівнянні із боржником, а також аналогічними відносинами, що не врегульовані договором.

Проаналізувавши основні положення радянської та вітчизняної цивілістики щодо приклюдного характеру позовної давності для суб'єктивного права, слід зазначити, що позовна давність у контексті сучасного праворозуміння допускає існування суб'єктивного права, в так званій, неюрисдикційній площині. Проте порушене суб'єктивне право не може існувати безкінечно, оскільки створює правову невизначеність для цивільних правовідносин, а тому

його припинення може бути зумовлено застосуванням положень набувальної давності тощо.

Список бібліографічних посилань:

1. Карнаух Б. П. Позовна давність у практиці Європейського суду з прав людини. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 134. С. 24–36.
2. Болотников И. М. Проблемы исковой давности в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1964. 34 с.
3. Иоффе О. С. Советское гражданское право. М.: Юрид. лит., 1967. 494 с.
4. Катаржинская Н. И. Исковая давность по требованиям, вытекающим из хозяйственных договоров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. 24 с.
5. Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2008. 19 с.

Одержано 18.04.2017

УДК 347.122

Ольга Євгенівна Аврамова,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1941-9894>

ЕЛЕМЕНТИ ЖИТЛОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Елементами будь-якого правовідношення є суб'єкт, об'єкт та зміст правовідношення. У житлових правовідносин має прояв усі наведені елементи, однак їх зміст має певні особливості, отже звернемося до їх дослідження.

Житлові правовідносини – це суспільні правовідносини, врегульовані нормами житлового законодавства, що виникають з приводу володіння, користування, управління житлом. Вказана тріада правомочностей не передбачає розпорядження, оскільки розпорядження житлом належить до цивільних правовідносин. Розпорядження житлом реалізується у цивільних правовідносинах та не може бути включено у систему правомочностей житлових правовідносин.

Суб'єкти житлових правовідносин – це учасники житлових правовідносин. Вони поділяються на наступні групи: 1) суб'єкти власності на житло (фізичні, юридичні особи, територіальна громада, держава); 2) суб'єкти користування житлом (наймачі, члені сім'ї наймача, орендарі житла тощо); 3) управляючі організації житлом (ОСББ, ЖК, управляючі компанії тощо); 4) суб'єкти надання житлово-комунальних послуг (виробники, виконавці житлово-комунальних послуг); 5) суб'єкти девелопменту (ЖБК, будівельні компанії, ріелторські фірми тощо). Наведені суб'єкти мають певні особливості у правовому статусі, що передбачає можливість здійснення суб'єктивних прав щодо проживання особи у житлі (надання житла, забезпечення житлових прав, утримання житла тощо). При цьому суб'єкти житлових правовідносин, якщо відштовхуватися від правомочності проживання, можуть бути поділені на: а) суб'єкти надання житла; б) суб'єкти, що здійснюють проживання у житлі; в) суб'єкти, що забезпечують безпечне та стабільне проживання особи у житлі.

Об'єктом житлових правовідносин є проживання в житлі. Проживання в житлі може розглядатися в аспекті речового та зобов'язального права. Якщо розглядати проживання

в житлі з позицій речового права, то проживання не може повністю ототожнюватися з правом користування. Право користування є елементом правомочності власника житла щодо отримання позитивного ефекту (доходу, результату) від житла, зокрема шляхом: передання в оренду; використання житла для професійної діяльності за умови не порушення прав третіх осіб; власного проживання або непроживання тощо. Проживання в житлі пов'язане з використанням житла для постійного знаходження в ньому, користуванням житлово-комунальними послугами, веденням господарства. Тобто проживання з точки зору речового права є лише елементом у правомочності користування житлом. Звернемось до розуміння проживання як зобов'язально-правової категорії. Для цього застосуємо модель *locatio-conductio rei*. Римські юристи визначали, що до обов'язків наймодавця відносилась не тільки однократна передача речі для користування, але й забезпечення протягом усього строку користування житлом спокійного користування. Для цього наймодавець мав проводити необхідний ремонт відданої в найм речі, щоб підтримувати її протягом усього строку договору в придатному для користування стані, усувати перешкоди, які може зустріти з чийогось боку наймач, та інше. Звернемо увагу на першу особливість користування речі з точки зору зобов'язальної природи і користування повинно бути спокійним, тобто безпечним, не порушуватися як наймодавцем, так і третіми особами. В сучасному житловому праві це – елементи безпечного та стабільного проживання у житлі. Якщо об'єднати розуміння проживання за речово-правовою та зобов'язально-правовою характеристикою, то виходить, що проживання у житлі – це стабільне використання житла для постійного безпечного знаходження в ньому, користування житлово-комунальними послугами, ведення господарства. Таке розуміння права проживання виокремлює його від речових та зобов'язальних відносин, оскільки є їх поєднанням. У цьому є і відмінність права проживання (право на безпечне, стабільне знаходження у житлі) від права користування. Окремо зауважимо, що право проживання забезпечується та здійснюється як наймачем, так і наймодавцем. Право на проживання надає право вимоги щодо забезпечення стабільного, безпечного проживання, право на позитивні дії у вигляді знаходження, ведення господарства у житлі, право на захист свого законного знаходження у житлі.

Зміст житлових правовідносин – це система юридичних прав та обов'язків суб'єктів житлових правовідносин. Суб'єктивні житлові права здійснюються у певних діях, що є результатом реалізації певних житлових прав особи. До житлових прав варто віднести наступні: право на житло; право на місце проживання; право на одержання жилої площі у державному житловому фонді або іншого соціального житла; право на користування житлом, що є системою права на місце проживання та права на споживання житлово-комунальних послуг; право на проживання у житлі; право на взяття на облік для поліпшення житлових умов; право на збереження жилого приміщення у разі тимчасової відсутності понад шести місяців; право на управління житлом; право на безпечні, комфортні умови проживання у житлі; право на захист житлових прав; право на соціальну підтримку проживання у житлі (право на субсидію). До житлових обов'язків варто віднести: оплата житлово-комунальних послуг, оподаткування житла; не порушення прав сусідів; використання житла відповідно до технічно-санітарних правил, стандартів тощо.

Наведена характеристика елементів житлових правовідносин є лише спробою встановити характеристику елементів житлових правовідносин. Питання визначення елементів житлових правовідносин є актуальною тематикою для подальших наукових досліджень.

Одержано 20.04.2017

УДК 347.1

Олена Семенівна Адамова,*доцент кафедри цивільного права**Національного університету «Одеська юридична академія»,**кандидат юридичних наук, доцент*

КЛАСИФІКАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ ЗА ВОЛЬОВИМ КРИТЕРІЄМ У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЩОДО МОРСЬКОГО СТРАХУВАННЯ

На даний час вчення про юридичні факти є досить розробленим. Проблемам юридичних фактів (поняття, правова природа, їх місце в системі права та механізми правового регулювання, систематизація тощо) приділено значну увагу в радянській і сучасній науковій літературі з теорії права (зокрема, роботи таких вчених як С. Ф. Кечекьяна В. Б. Ісакова, Г. М. Чувакової, О. Є. Рябова, Г. В. Кикоть, М. І. Поліщука, С. А. Зинченко, О. Є. Вороніна, В. В. Муругіної та інших) і цивільного права (зокрема, роботи О. О. Красавчикова, О. С. Яворської, І. Р. Калаура, О. Д. Кутателадзе, А. Б. Гриняка, В. О. Кочергіної, М. О. Рожкової, О. Ю. Юрченко, Ж. В. Копилової, В. В. Васильєвої, С. О. Сліпченка, С. А. Трафілова, О. О. Отраднової, А. В. Каструби, О. В. Басая, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонової, Р. Б. Шишки, О. Р. Шишки, О. О. Клячина, М. Д. Пленюк та інших), а так само інших галузей права (зокрема, роботи таких вчених, як О. В. Баринів, І. І. Сливич, Б. І. Сташків, В. Г. Баландінова, Н. В. Бровченко та інших). Разом з тим, подальші дослідження не перестали бути актуальними.

У сучасній правовій літературі під юридичними фактами традиційно розуміються обставини реальної дійсності, з якими норми права пов'язують певні правові наслідки (виникнення, зміну, припинення правовідносин). І таке визначення у цілому не викликає заперечень. Тим не менше вчення про юридичний факт продовжує складати науковий інтерес у зв'язку з його фундаментальністю та процесом природного накопичення нових знань, відповідно до якого ті чи інші підходи, точки зору постійно уточнюються, переглядаються, узагальнюються, доповнюються тощо.

Для більш детальної характеристики юридичних фактів доцільно розглянути їх класифікацію. Класифікація юридичних фактів відіграє значну роль не тільки у визначенні їх місця, але і задає напрямок цивільних відносин через режим їх упорядкування. Від того елементом якої класифікації виступає той чи інший юридичний факт залежить динаміка та статика цивільних відносин. Це стосується і відносин, щодо морського страхування.

На мою думку, серед запропонованих у теорії цивільного права класифікацій, перш за все заслуговує на увагу пропозиція О. О. Красавчикова, який пропонує поділити всі юридичні факти на дві групи. Це одна із найбільш розповсюджених: юридичні події та дії. Юридичні події – це такі явища, виникнення та розвиток яких відбувається незалежно від волі людини. У Під дією пропонується розуміти такі обставини реальної дійсності, виникнення та розвиток яких залежить від поведінки осіб, що їх вчиняють. Важливість цієї класифікації пов'язано з тим які правові наслідки визначає цивільно-правовий механізм. Наприклад, якщо неправомірні дії одного учасника цивільних відносин призвели до виникнення моральної шкоди для іншого, то до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до

особи, відповідальної за завдані збитки. В морському страхуванні страховий випадок як правило виникає незалежно від волі особи, тобто внаслідок події. А відповідно це вказує на те, що регресних зобов'язань не виникає.

Щодо класифікації О. О. Красавчикова, то в цілому погоджуючись із наведеною класифікацією, вважаю за потрібне виказати свій критичний погляд на неї. Із запропонованої класифікації досить складно зрозуміти яку логічну операцію використав автор. Якщо має місце дихотомія, то діям мають протистояти такі явища, які не мають відношення до поведінки суб'єкта. І стає зовсім не зрозумілим місце відносних подій, які виникають в результаті дій людини. Якщо ж відповідно до дихотомії пропонується поділити дії на вольові та не вольові, то в цій класифікації виявляються зайвими абсолютні події. У разі ж поділу юридичних фактів на три елементи, то за правилами трихотомії кожен з елементів повинен займати самостійне місце, а не бути залежним від іншого чи входити до двох інших груп. Класифікації О. О. Красавчикова побудована таким чином, що дії розглядаються і як самостійна група обставин реальної дійсності, і як складова (відносні юридичні події) іншої самостійної групи – подій.

Проводячи порівняльний аналіз між відносними юридичними подіями і діями можна зазначити, що спільним між ними є те, що їх основу містяться такі обставини реальної дійсності, як дії. Різницю вчений вбачає в тому, що відносні юридичні події хоч і виникають із дій осіб, але у подальшому протікають (розвиваються) незалежно від них. Можна припустити, що межі юридичних дій, як юридичних фактів, визначаються лише активними (пасивними) тілорухами суб'єкта. І якщо вони припиняються, то необхідно визнавати, що дана обставина реальної дійсності відбулася.

Уявляється, що такий підхід є досить суперечливим.

По-перше, у такому випадку вбивство, навіть умисне, однієї людини іншою з вогнепальної зброї не може розглядатися як злочин (вбивство), адже, відповідно до ч. 1 ст. 11 КК України, злочин – це передбачене кримінальним кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Де дія як ознака злочину є активною, усвідомленою та цілеспрямованою суспільно небезпечною поведінкою людини, що заподіює або ставить під загрозу заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам. У свою чергу, вбивство – це умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині (ч. 1 ст. 115 КК України). Тобто, вбивство – це активна, усвідомлена та цілеспрямована суспільно небезпечна поведінка людини, але яка не ставить під загрозу заподіяння шкоди (смерть), а заподіює її. У свою чергу, якщо розглядати таке вбивство через систему поділу обставин реальної дійсності, запропонованої О. О. Красавчиковим, то отримуємо наступне. Одна особа, натиснула на спусковий гачок вогнепальної зброї і на цьому її дії завершилися. При цьому куля ще не влучила і смерть не настала, тобто вбивства немає. Далі обставини реальної дійсності почали протікати незалежно від дій особи, яка натиснула на спусковий гачок. Так, в результаті механічної взаємодії спрацював ударно-спусковий механізм. В результаті наколювання капсуля спалахнув порох, в результаті загоряння пороху в гільзі патрону відбулося стискання газу, які витиснули та розігнали кулю. Куля вразила життєво важливі органи людини, в результаті чого і настала смерть. Таким чином, смерть настала, якщо зайняти вищенаведену позицію О. О. Красавчикова, не в результаті дій «стрільця», а в результаті обставин реальної дійсності, які хоч і виникли із дій, але надалі протікати незалежно від них. Тобто смерть настала в результаті події. Якщо ж смерть настала в результаті події, а активна, усвідомлена та цілеспрямована суспільно небезпечна поведінка людини, яка натиснула на спусковий гачок, лише поставила під загрозу заподіяння шкоди (настання смерті), то необхідно дійти висновку, що у даному випадку вбивство відсутнє.

По-друге, при виділенні відносних юридичних подій від юридичних дій вчений не врахував, що поведінка суб'єкта хоч і має самостійне юридичне значення, як така, але завжди впливає на ті чи інші явища (юридичні або фактичні). Прояв такого впливу може мати розрив у часі.

По-третє, при розмежуванні таких явищ як юридичні дії та відносні юридичні події автором було використано не один критерій, а два. Перший – це наявність чи відсутність волі. Другий – завершеність (незавершеність) того чи іншого явища. Такий підхід дозволяє поділяти, в залежності від волі, всі правові явища на дії та події. Якщо ж застосувати до тих же явищ критерій завершеності, то очевидно, що і дії, і події можуть бути як завершеними, так і надалі протікати (незавершеними). Отже в класифікації використано три критерії. А як відомо, цінність будь-якої класифікації полягає в тому, що явища, які класифікуються систематизуються за одним єдиним критерієм. В протилежному випадку класифікація втрачатиме свій науковий характер.

По-четверте, при подібному підході можуть виникати складнощі виявлення відмінних рис між відносними юридичними подіями та неправомірними діями чи юридичними вчинками. Адже у всіх трьох випадках мають місце дії, але їх юридична спрямованість не має правового значення.

На мою думку критерієм розмежування юридичних подій та дій є поведінка особи (осіб). Якщо обставини реальної дійсності виникають та протікають не залежно від поведінки особи, то має місце подія. Якщо ж їх виникнення та/або розвиток поставлено у залежність від поведінки особи, то такі явища реальної дійсності необхідно визнавати юридичними діями. Саме такий підхід до поділу юридичних фактів створить можливість чітко визначитись з тим, які з них відносяться до тієї чи іншої групи, уникнути підміни деяких понять та їх однозначного застосування не тільки в межах цивільного права, а й інших галузях.

Як зазначається в юридичній літературі елементарною одиницею дії є тілорух особи. Із тілорухів утворюються операції, з операцій – дії, із дій – діяльність тощо [1, с. 32]. Юридичні дії – складний і багатоплановий об'єкт класифікації, тому їх можна класифікувати за різними критеріями. Наприклад, за суб'єктами (дії фізичних або юридичних осіб, держави); за юридичною спрямованістю (юридичні акти, юридичні вчинки, результативні дії); за галузевою належністю (матеріально-правові, процесуальні); за способом здійснення (особисто, через представника); за способом вираження та закріплення (мовчанням, жестом, документом) тощо [1, с. 32].

Відзначаючи значення наведених класифікацій зазначимо, що в межах даного дослідження заслуговують на увагу ті класифікації дій, що були свого часу запропоновані О. О. Красавчиковим. Зокрема вчений пропонує всі юридичні дії поділяти на неправомірні та правомірні і критерій та доцільність такого поділу не викликає сумніву у теорії права. Під неправомірними юридичними діями вчений пропонує розуміти такі дії, якими порушуються приписи діючого права. Їх відмінною рисою є те, що вони завжди тягнуть за собою небажані для сторін правові наслідки.

Таким чином, класифікація юридичних фактів за вольовим критерієм в механізмі правового регулювання відносин, щодо морського страхування, має важливе значення. Її опрацювання потребує системного підходу, а в науці цивільного права ця проблематика не до кінця вивчена, а отже заслуговує теоретичної розробки та законодавчого упорядкування. Правильне наукове уявлення про систему юридичних фактів має велике значення як для теорії, так і для практики. Оскільки це надає можливість виявити специфіку юридичного факту в механізмі правового регулювання відносин з морського страхування.

Повне, точне і достовірне встановлення юридичних фактів – необхідна передумова для застосування правових норм

Список бібліографічних посилань:

1. Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1984. 144 с.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.441.4

Людмила Николаївна Баранова,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9206-5503>

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Саморегулювання іманентно притаманне договірним відносинам. Що стосується недоговірних зобов'язань, то вони регулюються нормативно-правовими актами. Крім того, застосування договору як регулятора в сфері недоговірних зобов'язань не завжди є можливим. Це обумовлено сутністю того чи іншого недоговірного зобов'язання.

В юридичній літературі зазначається, що принцип свободи договору проявляється в тому, що суб'єкти на власний розсуд приймають рішення про вступ у договірні відносини; обирають контрагента; визначають вид договору; погоджують його умови; встановлюють місце і час укладення договору; обирають форму; передбачають спосіб забезпечення виконання зобов'язання; визначають положення про відповідальність; розривають (змінюють) договір за згодою між собою.

Реалізація принципу свободи договору у недоговірних відносинах обмежується специфікою цих зобов'язань. Так, відносний характер недоговірних зобов'язань обмежує свободу вибору контрагента при укладенні їх учасниками договору. Обрання виду договору, що укладається сторонами недоговірного зобов'язання, обмежується як прямими заборонами (наприклад, неможливість новачії зобов'язання про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю), так і спрямованістю самого зобов'язання. Обмежується і вільне визначення умов договору, зокрема, умов відповідальності. Так, відповідно до ч. 3 ст. 614 ЦК правочин, яким скасовується чи обмежується відповідальність за умисне порушення зобов'язання, є нікчемним.

О. О. Отраднова виділяє дві групи осіб, які можуть укладати договори щодо делікту: 1) делінквент і потерпілий та 2) кілька делінквентів, які зобов'язані відшкодувати шкоду потерпілому [1, с. 78].

Мінімальним є прояв принципу свободи договору у разі укладення його між декількома делінквентами. По-перше, ці суб'єкти можуть укладати між собою лише договір, яким встановлюється розмір їх часток у відшкодуванні шкоди. Право на укладення таких договорів прямо передбачено законом у випадках, коли шкоду завдано неповнолітньою, кількома малолітніми або кількома неповнолітніми особами (ч. 4 ст. 1178, ч. 1 ст. 1181, ч. 1 ст. 1182 ЦК). По-друге, не всі делінквенти вправі погоджувати розмір своїх часток

у відшкодуванні шкоди, оскільки статтею 1190 ЦК закріплено імперативний припис про солідарну відповідальність осіб, які спільно заподіяли шкоду. По-третє, вважаємо, що у випадках, коли завдавачі шкоди несуть часткову відповідальність, але законом для них не передбачено право на її узгодження, визначення розміру їх часток у відшкодуванні шкоди є можливим тільки за участі потерпілого.

Більш вільні у регулюванні договором деліктного зобов'язання його сторони.

Недоговірні зобов'язання мають триваючий характер. Можна виділити три етапи їх розвитку: 1) виникнення, 2) існування і 3) припинення. Безперечно, що в момент виникнення деліктного, як, втім, й будь-яких інших недоговірних зобов'язань, договір існувати не може, так як це суперечить суті цього зобов'язання. Що стосується існування і припинення, то представляється, що недоговірні відносини на цих стадіях можуть регулюватися договором.

На стадії існування деліктного зобов'язання його сторони можуть укласти як поіменовані, так і непоіменовані договори. Зокрема, договори про забезпечення виконання цього зобов'язання; про відступлення права вимоги кредитора; про переведення боргу боржника; про спосіб та розмір виконання зобов'язання.

Незважаючи на те, що способи забезпечення виконання зобов'язань, як правило, застосовуються для гарантування прав кредитора в договорах, в юридичній літературі вказується на можливість їх застосування для забезпечення і недоговірних зобов'язань. Дійсно, глава 49 «Забезпечення виконання зобов'язання» розміщена у розділі 1 Книги 5 ЦК України «Загальні положення про зобов'язання». Отже, норми цієї глави застосовуються при регулюванні як договірних, так і недоговірних зобов'язань. Більше того, пропонується класифікувати способи забезпечення виконання зобов'язань на ті, що забезпечують виконання договірних зобов'язань, і виконання охоронних, зокрема, деліктних зобов'язань [2, с. 4–5].

Природно, що не всі способи можуть застосовуватися для забезпечення виконання деліктних зобов'язань. Допустимість їх визначається специфікою цих зобов'язань. Так, щодо неустойки В. І. Крат зазначає, що забезпечення виконання недоговірних зобов'язань неустойкою не є характерним, однак положеннями ст. 549 ЦК не виключається [3]. При цьому автор ілюструє цю тезу прикладами із судової практики як Європейського, так і національних судів.

В період існування недоговірного зобов'язання може бути здійснена заміна його сторін в порядку, передбаченому законом для відступлення права вимоги кредитора (статті 512–519 ЦК) або переведення боргу боржника (ст. 520–523 ЦК). При цьому, слід враховувати, що заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях з відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю (ст. 515 ЦК).

Сторони недоговірного зобов'язання вправі укласти непоіменований договір про спосіб виконання цього зобов'язання. Зокрема, в деліктних зобов'язаннях передбачити відшкодування шкоди, заподіяної майну в натурі або розстрочку виплат у разі відшкодування збитків.

Сторони недоговірного зобов'язання можуть укласти договір про припинення цього зобов'язання іншим, ніж виконання способом. Наприклад, шляхом передання відступного (ст. 600 ЦК) або новацією (ч. 2 ст. 604 ЦК).

З приводу припинення деліктного зобов'язання шляхом передання відступного дискусійним є питання про дотримання припису закону про відшкодування шкоди у повному обсязі. Вважаємо, що справедливим є твердження про те, що згода потерпілого на отримання

відшкодування у *меншому* розмірі може бути тією «синицею в руках», яка є дійсно привабливою для потерпілого [1, с. 81].

Новація як спосіб припинення зобов'язання шляхом заміни його новим, може застосовуватися для припинення деліктного зобов'язання з позитивним ефектом як для кредитора, та і для боржника.

По-перше, оскільки деліктне зобов'язання припиняється потерпілий не має права змінювати розмір своїх вимог. У свою чергу боржник (делінквент) не може висувати проти вимоги кредитора заперечення, що випливають з первісного (деліктного) зобов'язання. По-друге, перебіг позовної давності за вимогою з нового зобов'язання починається заново в разі його порушення. По-третє, нове зобов'язання може бути кваліфіковане як грошове, а, отже, у разі його порушення, застосовується положення ст. 625 ЦК. Відповідно до правової позиції Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ зобов'язання по відшкодуванню шкоди не визнаються грошовими (лист від 16 січня 2013 р. № 10-74/0/4-13). У зв'язку з чим, дія ч. 2 ст. 625 ЦК не поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку із заподіянням шкоди.

У сфері деліктних відносин новація забороняється законом тільки щодо зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

Таким чином, хоча у сфері недоговірних зобов'язань договір не відсуває закон на друге місце, як у сфері договірних відносин, але він також може виступати в деяких випадках регулятором цих відносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Отрадна О. О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань. Київ: Юрінком Інтер, 2014. 328 с.
2. Проценко І. О. Види забезпечення належного виконання зобов'язань у цивільному праві України: єдність та диференціація: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2007. 20 с.
3. Крат В. І. Види зобов'язань, що можуть забезпечуватися неустойкою // Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого: наукова бібліотека. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/3427/1/Krat_259.pdf.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.45

Юліан Богуславович Бек,

*доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
кандидат юридичних наук, доцент*

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОГО СТРАХУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ІНВЕСТИТОРІВ УГОД ПРО РОЗПОДІЛ ПРОДУКЦІЇ

Чинним законодавством України передбачено випадки обов'язкового страхування цивільної відповідальності інвесторів угод про розподіл продукції.

Так, згідно з ч. 2 ст. 30 Закону України «Про угоди про розподіл продукції», цивільна відповідальність інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, підлягає страхуванню, якщо інше не передбачено угодою.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про страхування», обов'язкові види страхування, які запроваджуються законами України, мають бути включені до цього Закону. Забороняється здійснення обов'язкових видів страхування, що не передбачені цим Законом.

Тому в ст. 7 Закону України «Про страхування» зазначено, що обов'язковому страхуванню підлягає цивільна відповідальність інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, за угодою про розподіл продукції, якщо інше не передбачено такою угодою.

На виконання цієї норми, було прийнято Порядок і правила проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, за угодою про розподіл продукції, якщо інше не передбачено такою угодою, який затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 13 листопада 2013 року № 981.

Згідно цього Порядку предметом договору обов'язкового страхування є майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з відшкодуванням шкоди, заподіяної страхувальником довкіллю та/або здоров'ю людей під час провадження ним діяльності за угодою про розподіл продукції.

Страховими ризиками є певні події, внаслідок яких виникає ризик заподіяння шкоди довкіллю та/або здоров'ю людей (забруднення навколишнього природного середовища, погіршення якості природних ресурсів; тимчасова втрата працездатності фізичних осіб, інвалідність, смерть) під час провадження страхувальником діяльності за угодою про розподіл продукції.

Страховим випадком є певна подія, внаслідок настання якої у страхувальника виникає обов'язок щодо відшкодування шкоди, заподіяної довкіллю та/або здоров'ю людей під час провадження ним діяльності за угодою про розподіл продукції, за умови, що подія, яка призвела до заподіяння такої шкоди довкіллю та/або здоров'ю людей, сталася в період дії договору обов'язкового страхування та встановлено причинно-наслідковий зв'язок між заподіянням шкоди довкіллю та/або здоров'ю людей і діяльністю страхувальника за угодою про розподіл продукції.

Тобто шкода повинна бути заподіяна протиправною поведінкою інвестора третім особам під час провадження ним діяльності за угодою про розподіл продукції в період дії договору обов'язкового страхування.

Згідно з п. 12 вищезгаданого Порядку договір обов'язкового страхування укладається у письмовій формі строком на один рік, відповідно до Типового договору обов'язкового страхування.

Отже може відбутися так, що страховий випадок настане під час провадження інвестором діяльності за угодою про розподіл продукції, але не в період дії договору обов'язкового страхування. При такій ситуації суттєво зменшиться обсяг державних гарантій, закріплених в законодавстві щодо відшкодування шкоди, заподіяної інвестором довкіллю, здоров'ю людей, що є неприпустимим.

Враховуючи вищенаведене, необхідно закріпити в ч. 2 ст. 30 Закону України «Про угоди про розподіл продукції», що строк договору обов'язкового страхування цивільної відповідальності інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей повинен відповідати строку угоди про розподіл продукції.

Також необхідно враховувати те, що поряд із закріпленням в Законі України «Про угоди про розподіл продукції» гарантій інвесторам, держава також гарантує громадянам безпеку довкілля та здоров'я, у тому числі у формі закріплення в законодавстві такого обов'язкового виду страхування як страхування цивільної відповідальності інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей.

Відповідно до ст. 22 Конституції України, права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними. Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

Також, згідно з ст. 50 Конституції України, кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди.

Тому, норма ч. 2 ст. 30 Закону України «Про угоди про розподіл продукції», не може звужувати зміст права громадян на безпеку довкілля та здоров'я, закріплюючи за сторонами угоди про розподіл продукції право відмінити законодавчу норму щодо обов'язковості страхування цивільної відповідальності інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей.

Враховуючи вищенаведене, пропонується викласти ч. 2 ст. 30 Закону України «Про угоди про розподіл продукції» в наступній редакції: «Цивільна відповідальність інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, підлягає обов'язковому страхуванню. Строк договору обов'язкового страхування не може бути меншим строку угоди про розподіл продукції».

Одержано 18.04.2017

УДК 347.1

Викторія Владимировна Валах,

*доцент кафедри громадянсько-правових дисциплін економіко-правового факультета
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова,
адвокат по семейным и наследственным делам,
кандидат юридических наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2520-1901>*

МЕСТО ПРАВОПРЕЕМСТВА В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Под правопреемством в гражданском праве следует понимать переход прав и/или обязанностей от одного лица (правопредшественника) к другому (правопреемнику) путем одновременной их утратой правопредшественником и приобретением их правопреемником в полном объеме [1, с. 72].

Именно неопределенность в правовой литературе признаков и правовой природы правопреемства привела к острым дискуссиям, в т. ч. и по поводу возможности правопреемства в любых гражданских правоотношениях, которые до сегодняшнего дня ведутся в цивилистике.

В частности, дискуссионным остается вопрос о месте правопреемства в системе гражданского права. Так, согласно п. 2 ч. 1 ст. 512 ГКУ (которая, кстати, не имеет аналогии ни в одном из зарубежных законодательств), кредитор в обязательстве может быть заменен другим лицом вследствие правопреемства. Из указанной нормы видно, что правопреемство является основанием замены кредитора в обязательстве, т. е., по идее украинского законодателя, оно является юридическим фактом, порождающим такое изменение. Понимание юридического факта в литературе [2, с. 64; 3, с. 170–171], а также тот факт, что волевой элемент (как основание деления юридических фактов на действия

и события) не является определяющей характеристикой наличия правопреемства, приводит нас к выводу о том, что правопреемство не может быть ни действием, ни событием, т. е. под категорию юридических фактов это явление не попадает. К тому же правопреемство не может иметь место само по себе, без наступления определенных обстоятельств. Представляется, что в рассмотренном случае (при замене кредитора в обязательстве) под правопреемством законодатель имел в виду наследование или реорганизацию юридического лица. Однако и наследование, и реорганизация юридического лица своим основанием имеют совокупность юридических фактов (юридический состав), обуславливающий их наступление. Напрашивается следующий вывод: правопреемство опосредует изменение кредитора путем наследования или реорганизации юридического лица, однако не является его основанием (юридическим фактом). Учитывая сказанное, п. 2 ч. 1 ст. 512 ГК Украины требует корректировки со стороны законодателя.

В литературе достаточно часто правопреемство называют либо методом, либо принципом гражданско-правового регулирования (последнее достаточно часто встречается в монографиях по проблемам наследственного права), или же институтом гражданского права [4, с. 7; 5, с. 65; 6, с. 214].

Под методом гражданско-правового регулирования понимают способ влияния на поведение участников гражданских правоотношений, основанный на юридическом равенстве, которое признается за участниками правоотношений, на автономии их воли (независимости волеизъявления при вступлении в правоотношения, их изменении или прекращении), а также на имущественной самостоятельности [7, с. 22; 8, с. 67]. Специфика метода гражданско-правового регулирования находит свое проявление, в частности, в том, что субъекты гражданского права, будучи юридически равными, наделены как диспозитивностью, так и инициативой. Именно поэтому гражданскому праву присущ метод децентрализации (координации) [9, с. 81].

Принципы гражданского права (от лат. *principium* – основное, исходящее положение отдельной научной системы, теории, идеологии; основы) – это основные начала, выражающие характерные, коренные черты гражданского права, т. е. его сущность [7, с. 22; 10, с. 21], и имеющие в силу их правового закрепления общеобязательное значение [11, с. 49]. Ведь без принципов невозможно создавать право и совершенствовать правовое регулирование, поскольку непонятным будет его содержание [12, с. 26].

Принципы могут быть как глобальными и подчиняющими себе целый ряд явлений, очень часто не похожих одно на другое и никаким образом не связанных, так и специфическими, которые свойственны какому-либо одному явлению или их однородной совокупности. Первые относят к отраслевым и межотраслевым, вторые – к институциональным внутри одной отрасли права. В большинстве случаев институциональные принципы не имеют формального выражения, что достаточно усложняет их использование. Изложенное обусловило существование разнообразных взглядов как на классификацию самих принципов, так и на их конкретизацию [10, с. 22–23; 12, с. 26; 13, с. 8]. Именно поэтому нормы гражданского права не содержат исчерпывающего перечня ни отраслевых, ни институциональных принципов.

Гражданское законодательство достаточно часто оперирует понятием правопреемства, стараясь таким образом урегулировать однородные по содержанию правовые явления – явления, следствием которых является прекращение права и/или обязанности у одного лица и возникновение того же по содержанию права и/или обязанности у другого путем его/их перехода. Это обстоятельство в совокупности с вышеизложенным дает нам возможность говорить о том, что **правопреемство в гражданском праве выступает**

в качестве институционального принципа. Такой принцип присущ, например, институту реорганизации юридического лица и наследственному праву.

Правопреемство по своей сути является оценкой и интерпретацией объективно существующих элементов предмета гражданско-правового регулирования. Оно отображает категории и понятия, необходимые для толкования и применения определенной совокупности норм гражданского законодательства. Кроме того, ст. 512 ГК Украины сформулировала правопреемство в качестве юридического факта, что составило гипотезу соответствующей гражданско-правовой нормы. Все указанное, а также то, что правопреемство является непосредственным отображением объективно сформированных фактических гражданских правоотношений, доказывает, что **правопреемство является гражданско-правовой дефиницией.**

Под дефиницией в гражданском праве понимают краткое определение понятия, отражающее существенные, качественные признаки элементов предмета гражданско-правового регулирования [14, с. 42]. Проблемам определения и структуре гражданско-правовых дефиниций посвящено немало научных работ. Гражданско-правовые дефиниции, закрепленные в статьях закона, приобретают нормативное значение как для участников гражданских правоотношений, так и для правоприменителей. Однако, как верно отмечает Ю. В. Кудрявцев, «не следует отождествлять нормы-дефиниции с гражданско-правовыми дефинициями, поскольку первые играют ведущую роль в системе гражданско-правового регулирования, а вторые лишь носят характер фактического утверждения» [15, с. 63–64].

К сожалению, в отечественном праве не нашла своего законодательного закрепления такая правовая дефиниция, как правопреемство, что составляет большие трудности для ее правопонимания и правоприменения.

Список библиографических ссылок:

1. Валах В. В. Наследственные отношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии и США (сравнительно-правовое исследование): монография. Харьков: Бурун книга, 2012. 320 с.
2. Гражданское право: ученик: в 2 т./отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2000. Т. I. 816 с.
3. Иоффе О. С. Советское гражданское право // Избранные труды: в 4 т. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. Т. II. 511 с.
4. Волков Г. И. О наследстве. Харьков: Наркомюст УССР, 1925. 69 с.
5. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть/под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. 816 с.
6. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. 353 с.
7. Цивільне право України: підручник: у 2 т./за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Київ: Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. 480 с.
8. Яковлев В. Ф. К проблеме гражданско-правового метода регулирования общественных отношений // Антология уральской цивилистики, 1925–1989. М., 2001. С. 66–71.
9. Гонгало Б. М. Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права. Институт частного права. М.: Статут, 2003. С. 79–85.
10. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: монографія. 2-ге вид. Київ: КНТ, 2007. 288 с.
11. Толстой Ю. К. Принципы гражданского права. *Известия высших учебных заведений.* 1992. № 2. С. 49–53.
12. Свердлык Г. А. Принципы гражданского права. Красноярск: Изд-во Красноярск. ун-та, 1985. 199 с.
13. Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2003. 831 с.

14. Москаленко И. В. Методологические основы исследования функций гражданско-правовых дефиниций. *Юридический мир*. 2003. № 2. С. 41–43.

15. Кудрявцев Ю. В. Нормы права как социальная информация. М.: Юрид. лит., 1981. 144 с.

Одержано 13.04.2017

УДК 347.440.5

Марина Миколаївна Великанова,

доцент кафедри правознавства

Київського національного університету культури і мистецтв,

кандидат юридичних наук, доцент

РИЗИК У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ: ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ

У правовій доктрині спостерігається поліаспектність дослідження поняття ризику. При цьому, з'ясування сутності ризику, що здійснюється науками адміністративного, кримінального, податкового, екологічного тощо права, відбувається у переважній більшості «замкнуто», в межах методологічного апарату цих галузей наукових знань. А тому, зрозуміло, що й загальнометодологічних засад розуміння ризику, його виникнення, розвитку, впливу на нього напрацьовано не було. У зв'язку з цим, доцільним є обґрунтування поняття ризику, його змісту та ознак, як універсальної категорії, що може використовуватись будь-якими галузями правової науки.

Юридична енциклопедія ризик (від франц. *risqué*, італ. *rischio* – ризик, небезпека, пізнюлат. *risicare* – обгинати виступ) визначає як небезпечність виникнення непередбачуваних витрат очікуваного прибутку, доходу, майна, коштів у зв'язку з випадковою зміною умов економічної діяльності, несприятливими обставинами або дією непереборної сили; ступінь імовірності певної негативної події, яка може відбутися в певний час або за певних обставин, тобто можлива подія, поява якої має ймовірний і випадковий характер та зумовлює небажані наслідки для учасника відповідних правовідносин [1, с. 317].

В адміністративному праві можна виділити наступні підходи до поняття ризику. Зокрема, ризик представляється як модель поведінки, в якій суб'єкт намагається зняти об'єктивну невизначеність із допомогою практичних дій за неможливості передбачення розвитку ситуації у майбутньому [2, с. 17]. На ризик як можливість вибору, як імовірність збитків, як імовірність негативних наслідків прийнятого управлінського рішення, як відповідальність, як майбутню небезпеку вказується у посібнику «Адміністративне право України» [3, с. 220].

У конституційному праві ризиком вважається вірогідне настання подій, що пов'язані з прийняттям правового рішення, яке може потягнути за собою шкідливі наслідки в сфері правового регулювання суспільних відносин [4, с. 38]. М. В. Томенко підтримує визначення ризику як різновиду діяльності для подолання невпевності в ситуації вибору, яка утримує в собі, з одного боку, очевидність досягнення передбачуваного результату, а з іншого – можливість поразки й відхилення від мети [5, с. 30]. Хоча, варто відмітити, що вченими-конституціоналістами менше приділяється уваги дослідженню проблематики ризику порівняно із іншими галузями правової науки. Крім того, у працях, присвячених дослідженню прояву ризиків у конституційних відносинах, здебільшого йдеться про політичні ризики.

Кримінально-правове розуміння ризику зумовлене положеннями ст. 42 КК України, відповідно до якої не є злочином діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети. Поява цієї статті у КК України спонукала науковців до встановлення сутності поняття ризику. Це обернулось рядом публікацій, у яких, наводячи кваліфікаційні ознаки діяння, пов'язаного з ризиком, вчені не оминули й поняття ризику. Так, А. М. Ришелюк розглядає ризик як можливість виникнення шкоди внаслідок вчинення певних дій (бездіяльності) для досягнення позитивного результату [6, с. 126–127]. На думку Ю. В. Бауліна, проблематика ризику в кримінальному праві пов'язана з небезпекою правоохоронюваним інтересам або із заподіянням їм шкоди. При цьому під ризиком вчений розуміє діяння (дію або бездіяльність), пов'язане із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам особи, суспільства або держави [7, с. 275–276]. А. П. Бабій, розглядаючи проблему кваліфікації діяння, пов'язаного з ризиком, відмічає, що в самій ст. 42 КК України використовуються поняття «в умовах виправданого ризику» і «виправданий ризик», які є похідними від понять «ризик» і «ситуація (умови) ризику». На його думку, поняття «умови ризику» і поняття «ризик» не можуть розглядатися як тотожні тому, що поняття «умови ризику (ситуація ризику)» ширше за обсягом ніж поняття «ризик», і вони безпосередньо пов'язані між собою. Ризикована ситуація – різновид невизначеної, коли настання подій імовірно і може бути визначене. Намагаючись «зняти» ризиковану ситуацію, суб'єкт робить вибір і намагається реалізувати його. Цей процес знаходить своє вираження в понятті «ризик». Останній існує як на стадії вибору рішення (плану дій), так і на стадії його реалізації. І в обох випадках ризик виступає моделлю зняття суб'єктом невизначеності, способом практичного розв'язання протиріччя при неясному (альтернативному) розвитку протилежних тенденцій у конкретних обставинах. Тому він погоджується з поширеним у літературі визначенням про ризик як діяльність, пов'язану з подоланням невизначеності у ситуації неминучого вибору, у процесі якої є можливість кількісно і якісно оцінити вірогідність досягнення допустимого результату, невдачі й відхилення від мети [8].

Учені-цивілісти поняття ризику розуміють наступним чином. В. А. Ойгензіхтом ризик визначається як суб'єктивна категорія, яка існує паралельно з виною, але може існувати й поряд з нею, як психічне відношення суб'єктів до результату власних дій або дій інших осіб, а також до результату об'єктивно-випадкових або випадково-неможливих дій (подій), що виражається в усвідомленому допущенні негативних, у тому числі майнових наслідків, що не можна відшкодувати [9, с. 177]. А. І. Омельченко розглядає ризик у двох значеннях. По-перше, ризик означає можливість настання невідомої події; по-друге, саму подію, настання якої спричиняє майнову шкоду для певної особи [10, с. 10].

У навчально-практичному посібнику «Аномалії в цивільному праві України», підготовленого за редакцією проф. Р. А. Майданика, ризик визначається як різновид юридичної презумпції, що полягає у можливості виникнення збитків або придбання благ від дійсної небезпеки або в надії на дію випадку, включену до умов цивільного зобов'язання чи професійної діяльності як юридичний факт (їх сукупність), що може настати або не настати [11, с. 68].

І. В. Волосенко, з'ясовуючи у своєму дисертаційному дослідженні поняття ризику, приходять до висновку про доцільність розуміння його як цивільно-правової і загально-правової категорії. Ризик автор тлумачить як включений до умов цивільного зобов'язання чи професійної діяльності юридичний факт (дію, подію), що може настати або не настати, наслідком якого можуть бути три економічних результати: негативний (програш, збитки, шкода), нульовий і позитивний (виграш, вигода, прибуток) [12, с. 14–18].

Р. Б. Сабодаш, досліджуючи проблеми страхування кредитних ризиків, виділяє позитивний і негативний ризики. Позитивний ризик, який автор ще називає шанс, – це ризик, який за значної ймовірності виникнення негативного наслідку призводить до отримання суб'єктом правовідносин бажаного для нього результату. Негативний ризик – це ризик, який за значної ймовірності виникнення негативного наслідку призводить до настання небажаних наслідків для суб'єкта таких правовідносин. Узагалі під ризиком учений розуміє юридичну категорію, що передбачає суб'єктивне ставлення особи до результатів об'єктивних явищ, які виникають, тривають та припиняються незалежно від волі суб'єкта, що виражається у свідомому розумінні ймовірності настання негативних наслідків і (або) бажанні отримання позитивного результату [13, с. 6, 10].

У сучасних публікаціях зустрічаються також наступні визначення поняття ризику. Ризик – це можливість (ймовірність) настання певних наслідків (результатів), які суб'єкт цивільних правовідносин міг передбачити (або повинен був передбачити) та вчинити (або не вчинити) дії, що направлені на зменшення негативного впливу цих наслідків або взагалі на уникнення їх шляхом дотримання правил обґрунтованого ризику (це правила, за яких позитивний результат від здійснення певної діяльності значно перевищує можливість (ймовірність) настання негативних наслідків) [14, с. 108]. Ризик є виправданою необхідністю, обґрунтованою потребою у залученні небезпечних об'єктів у певній сфері діяльності [15, с. 4].

Наведені визначення, як видно, не містять єдиного розуміння ризику, тому у науці виокремлюють три підходи до визначення сутності ризику: об'єктивний, суб'єктивний та об'єктивно-суб'єктивний або змішаний.

Відповідно до об'єктивного підходу ризик розуміється як елемент об'єктивної дійсності. Саме тому його визначають як можливість (ймовірність) настання певних наслідків (результатів), переважно негативного характеру. Прихильники такого підходу пояснюють свою позицію тим, що ризик є можливою небезпекою настання негативних наслідків, а об'єктивною категорією він є тому, що існування небезпеки випадкового настання негативних наслідків не залежить від волі та свідомості людей [4, с. 37].

Суб'єктивна складова ризику характеризується альтернативністю поведінки особи, її можливістю обирати ризикогенні ситуації. Власне це ті психічні процеси, результатом яких стає вибір суб'єктом певного варіанту поведінки.

Об'єктивно-суб'єктивний або змішаний підхід до визначення сутності ризику передбачає поєднання елементів та характеристик ризику, притаманних попереднім двом підходам. Суб'єкт, опиняючись в ситуації небезпеки випадкового настання негативних наслідків, яка не залежить від його волі та свідомості, розуміючи та усвідомлюючи можливі позитивні та негативні наслідки своєї діяльності, приймає на себе настання негативних результатів, хоча сподівається на позитивні. Усвідомлення факторів ризику, визначення ступеню ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів своєї діяльності проявляється у вольовому акті, який і є результатом вибору певного варіанту поведінки.

Список бібліографічних посилань:

1. Юридична енциклопедія: в 6 т./редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. Енцкл., 1998. Т. 5: П–С. 2003. 736 с.
2. Юридичний ризик та юридична безпека: монографія/В. О. Заросило, Д. О. Беззубов, О. В. Дудник, В. М. Тімашова. Київ: Укр. держ. ун-т фінансів та міжнародної торгівлі, 2012. 300 с.
3. Битяк Ю. П., Зуй Б. В. Административное право Украины (Общая часть): учеб. пособие. Харьков: Одиссей, 1999. 224 с.
4. Новіков В. В. Теоретико-правові аспекти ризиків у праві. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. № 13, т. 1. С. 36–39.

5. Томенко М. В. Концептуалізація ризиків сучасного конституційного процесу в Україні. *Наукові записки ІПіЕНД ім. І.Ф.Кураса НАН України*. 2008. Вип. 42. С. 30–40.
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року/за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. Київ: Кантон, 2001. 1104 с.
7. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти/за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Київ: Юрінком Інтер; Харків: Право, 2001. 416 с.
8. Бабій А. П. Діяння, пов'язане з ризиком, у кримінальному праві України // Харківський національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого: наукова бібліотека. URL: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/6831/1/167-173.pdf> (дата звернення: 28.03.2017).
9. Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. 224 с.
10. Омельченко А. И. Творческий риск, его государственно-правовая охрана. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1955. 52 с.
11. Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посіб./Київ. нац. ун-т; відп. ред. Р. А. Майданик. Київ: Юстиніан, 2007. 912 с.
12. Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 204 с.
13. Сабодаш Р. Б. Страхування кредитних ризиків: цивільно-правові аспекти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. 19 с.
14. Шемшур О. Поняття та правова природа ризику у приватному праві. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2012. № 94. С. 105–108.
15. Петрицин Н. Т. Ризик та відповідальність у цивільному праві. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 14. С. 1–5.

Одержано 14.04.2017

УДК 347.19

Алла Олександрівна Гелич,

*доцент кафедри теорії та історії держави і права
Національного університету біоресурсів і природокористування України,
кандидат юридичних наук, доцент*

ОСОБЛИВОСТІ УПРАВЛІННЯ КОМУНАЛЬНОЮ ВЛАСНІСТЮ ШЛЯХОМ СТВОРЕННЯ ПІДПРИЄМСТВ

Сучасний стан приватноправових відносин значним чином розширив можливості фізичних та юридичних осіб володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю. Разом з тим, реалізація законодавчих положень про управління державною, комунальною та власністю Українського народу не дозволяє говорити про ефективне управління об'єктами, які мають загальнодержавне та місцеве значення.

Слід погодитися, що поняття «управління» застосовується як комплекс дій, спрямованих на об'єкт права власності чи іншого титульного володіння [1]. Таким чином, управління публічною власністю характеризуються як приватноправові правомочності уповноважених органів з метою здійснення права власності. Вважаємо за доцільне розглянути особливості управління комунальним майном через механізм створення підприємств.

Господарсько-правове розуміння підприємства дисонує з положеннями ст. 191 ЦК України, відповідно до якої підприємство визнається єдиним майновим комплексом, що

використовується для здійснення підприємницької діяльності, тобто є об'єктом правових відносин. При цьому представники школи господарського права категорично не погоджуються з цим [2]. Вважаємо, що за умови існуючих суспільних відносин, поступового переходу до ринкової економіки категорія підприємства поступово зникатиме, замінюючись належними організаційно-правовими формами юридичних осіб, заснованих державою чи територіальною громадою.

О. А. Черненко, досліджуючи зокрема державні підприємства дійшла висновку, що організаційно-правова форма державного комерційного підприємства має наступні недоліки: 1) відсутність субсидіарної відповідальності держави за зобов'язаннями підприємства; 2) безконтрольність використання майна (коштів) підприємства; 3) складність застосування до керівників заходів відповідальності за результати діяльності підприємства; 4) для унітарних підприємств не передбачено обов'язкового проведення періодичних аудиторських перевірок; 5) обмеженість ринкової комунікації, недоступність зовнішніх джерел фінансування. При цьому, авторка зауважує, що зважаючи на притаманні організаційно-правовій формі державного комерційного підприємства недоліки слід визнати недостатню придатність її для здійснення підприємництва [3].

Необхідно констатувати, що публічне підприємство створюється не лише для здійснення господарської діяльності, а й для реалізації соціальних та публічних інтересів (працевлаштування, соціальні послуги, управління спеціальними об'єктами), тому слід говорити про можливість погляду на підприємства як юридичні особи, що створені саме для управління майном.

Слід прислухатися до думки, що підприємство є організацією майна (єдиний майновий комплекс), тобто є об'єктом правовідносин і вже потім виступає як об'єднання трудових чи інших немайнових ресурсів, утворюючи суб'єкта господарювання. Однак, таке об'єднання можливе виключно в організації як юридична особа. Доцільно вважати, що категорія «підприємство», якщо вести мову про правосуб'єктність, має знаходитися на одному щаблі з філіями та представництвами, тобто структурно входить до юридичної особи [4].

Погляд на підприємство як форму управління майном нині прослідковується у чинному законодавстві. Так, поступова децентралізація державної влади надає все більше можливості для діяльності територіальних громад як учасників правових відносин. Останні зміни у законодавстві, спричинені прийняттям Закону України «Про співробітництво територіальних громад» (далі – Закон) визначають організаційно-правові засади співробітництва територіальних громад, принципи, форми, механізми такого співробітництва, його стимулювання, фінансування та контролю.

Прийняття Закону зумовлено необхідністю створення законодавчої основи для кооперації ресурсів органів місцевого самоврядування з метою вирішення спільних проблем життєдіяльності територіальних громад на місцевому рівні, більш ефективного надання послуг місцевому населенню, створення спільних об'єктів муніципальної інфраструктури для декількох територіальних громад.

Форми співробітництва визначені наступним чином:

1) делегування одному із суб'єктів співробітництва іншими суб'єктами співробітництва виконання одного чи кількох завдань з передачею йому відповідних ресурсів;

2) реалізації спільних проектів, що передбачає координацію діяльності суб'єктів співробітництва та акумулювання ними на визначений період ресурсів з метою спільного здійснення відповідних заходів;

3) спільного фінансування (утримання) суб'єктами співробітництва підприємств, установ та організацій комунальної форми власності – інфраструктурних об'єктів;

4) утворення суб'єктами співробітництва спільних комунальних підприємств, установ та організацій – спільних інфраструктурних об'єктів;

5) утворення суб'єктами співробітництва спільного органу управління для спільного виконання визначених законом повноважень.

Зважаючи на принципи співробітництва, вважаємо, що, по-перше, йдеться про диспозитивні засади, які притаманні приватноправовому регулюванню, по-друге, у відносинах присутній публічний елемент, який виконує суто управлінські функції. Таким чином, виникає запитання щодо віднесення цих відносин до приватноправових чи адміністративних.

На підтримання приватноправового характеру цих відносин слід звернути увагу на те, що територіальні громади визнаються учасниками цивільних відносин, внаслідок чого реалізується механізм участі цих публічних утворень у приватних відносинах – набуття цивільних прав та обов'язків через органи місцевого самоврядування (ст. 172 ЦК України), а також створення юридичних осіб (ч. 2, ст. 169 ЦК України), зокрема, відповідно до законодавчих змін – спільні комунальні підприємства як юридичні особи публічного права.

Так звані спільні підприємства є знайомою конструкцією господарського права. Закон Української РСР «Про підприємства в Українській РСР» відповідно до форм власності визначав спільне підприємство – засноване на базі об'єднання майна різних власників (змішана форма власності). Із прийняттям ГК України залежно законодавчих критеріїв статус спільного підприємства не визначався.

Черговий виток законодавчого регулювання вніс до ГК України новий вид підприємства як спільне комунальне підприємство, що діє на договірних засадах спільного фінансування (утримання) відповідними територіальними громадами – суб'єктами співробітництва. Однак, таке визначення дисонує з видом цієї юридичної особи, у відповідності до змін у ч. 2 ст. 169 ЦК України, де спільне підприємство визначене як юридична особа публічного права.

Відсутність у вітчизняному законодавстві належної конструкції юридичної особи публічного права спричинює ряд запитань щодо існування досліджуваних спільних підприємств. Крім того, залишається досить проблемною організаційно-правова форма спільних установ та організацій, положення про які не знайшли зміни у ГК України чи ЦК України.

З огляду на це, вважаємо, що організаційно-правові форми цих спільних юридичних осіб можуть існувати як спільні підприємства та установи, що відповідатиме можна розмежуванню публічного управління на сфері безпосереднього управління (органи місцевого самоврядування), господарювання (підприємства) та невиробничої сфери (установи).

Вважаємо, що підприємство може існувати як суб'єкт господарювання, оскільки внаслідок його створення органом місцевого самоврядування задовольняються суспільні потреби шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності.

Окремі зауваження виникають щодо передання такої юридичній особі на відповідному речовому праві майна. Так, ст. 78 ГК України передбачено правове регулювання лише комунальні унітарних підприємств, проте відповідно до концепції нового Закону спільні підприємства мають бути корпоративними. Вочевидь, загальні принципи їх правового регулювання мають залишитися такими як і для унітарних підприємств.

З огляду на це, вважаємо за доцільне застосувати до спільного комунального підприємства конструкцію юридичної особи невідомця. Для юридичних осіб з правом оперативного управління чи правом господарського відання на закріплене за ними майно існує можливість лише одного публічного власника цього майна, разом з тим, оперативне управління та господарське відання – конструкції, які не мають вдалого поєднання з власністю на

відповідне майно декількох осіб, так само як і можливість набуття приватної власності на нього [5].

Утворення спільних юридичних осіб як юридичних осіб публічного права з одного боку не відповідає договірному принципу їх створення, з іншого – є адекватним до мети їх створення – вирішення спільних публічних потреб та інтересів. Організаційно-правовим формами цих юридичних осіб, на наш погляд, мають бути лише спільні підприємства та установи, які будуть юридичними особами невласниками, оскільки реалізовуватимуть управління спільним майном територіальних громад, які з юридичної точки зору лише управляють ним від імені територіальної громади. Загалом, внесення Законом новел до господарського та цивільного законодавства спричинює необхідність подальшого розвитку механізму створення та діяльності цих підприємств та установ.

Список бібліографічних посилань:

1. Первомайський О. О. Участь територіальних публічно-правових утворень в цивільних відносинах: проблеми теорії та практики: монографія. Київ: Ред. журналу «Право України», 2013. С. 190.
2. Хозяйственное право: учебник/В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; под ред. В. К. Мамутова. Киев: Юринком Интер, 2002. С. 290–291.
3. Черненко О. А. Особливості правового становища державних комерційних підприємств за законодавством України. *Приватне право і підприємництво*. 2013. Вип. 12. С. 161–162.
4. Набуття та припинення права власності в Україні (проблеми теорії та практики): монографія/за заг. ред. В. В. Луця. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. С. 202.
5. Болдырев В. А. Конструкция юридического лица несобственника: опыт цивилистического исследования. М.: Статут, 2012. С. 352.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.1

Наталія Анатоліївна Д'ячкова,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4117-5432>

ПРОБЛЕМИ ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ОПІКИ НАД МАЙНОМ

Інститути опіки та спадкового права в усі часи були одними з найважливіших. Зв'язок між ними полягає у тому, що за допомогою опіки у осіб, які в силу тих чи інших підстав не можуть самостійно здійснювати свої права, виникає можливість успадковувати майно та ставати його повноцінними власниками.

Першою проблемою, яка виникає при спадкуванні за участю опікуна, є прийняття опікунами спадщини на користь підопічного. Від імені осіб, які в силу віку, стану здоров'я тощо позбавлені можливості самостійно здійснювати свої права, таке право надається їхнім законним представникам, тобто опікунам. За загальним правилом для прийняття спадщини опікуну необхідно подати від імені підопічного заяву до нотаріальної контори протягом 6 місяців з дня відкриття спадщини.

Особливістю правового статусу малолітніх та недієздатних спадкоємців є й те, що згідно ч. 4 ст. 1268 ЦКУ такі особи вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків, коли опікун відмовляється від прийняття спадщини від імені підопічного спадкоємця. Тобто, при регулюванні порядку прийняття спадщини законодавець прирівнює малолітніх та недієздатних (незалежно від того, проживав підопічний спадкоємець із спадкодавцем чи ні), до спадкоємців, які постійно проживали разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини і протягом встановленого строку не відмовилися від неї (ч. 3 ст. 1268 ЦКУ). Введення такого положення на перший погляд сприяє більш дієвій охороні майнових прав підопічних, оскільки підопічний у цьому випадку набуває майнових прав. Однак, спадкове майно може бути обтяжене певними зобов'язаннями, вимагати надмірних витрат по утриманню і т.п. Звичайно, опікун, як розумна та розважлива людина, повинен передбачити негативні наслідки прийняття такого спадку, але все ж більш вірним видається встановлення правила про прийняття спадщини опікуном лише з дозволу органу опіки та піклування.

Крім цього, у чинному законодавстві України не розкривається механізм прийняття підопічним у спадщину майна, яке знаходиться під заставою. Для усунення проблем, котрі можуть виникнути у зв'язку з цим у правозастосовчій діяльності, доцільним видається доповнення ч. 1 ст. 71 ЦКУ пунктами 6, 7 такого змісту:

«6) надавати згоду на заставу майна, одним із співвласників якого є підопічний (особа, щодо майна якої встановлено опіку);

7) приймати у спадщину майно, спадкоємцем якого є підопічний (особа, щодо майна якої встановлено опіку)».

Особливих рис набуває охорона майнових прав осіб, відсутніх у місці постійного проживання (визнаних безвісно відсутніми). Адже до тих пір, поки така особа не з'явиться, не буде виявлено її тіла або вона не буде оголошена померлою, особа вважається живою. І оскільки спадкоємцем визнаються фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини (ч. 1 ст. 1222 ЦКУ), то у колі спадкоємців можуть виявитися, особи, визнані у судовому порядку безвісно відсутніми. Безумовно, при здійсненні опіки над майном особи, визнаної безвісно відсутньою, опікун має право вимагати передачі до спадкової маси безвісно відсутнього спадкової частки, прийнятої останнім, але ще не переданої йому. Але невирішеним залишається питання щодо того, чи може опікун над майном безвісно відсутньої особи подавати від її імені заяву про прийняття або відмову від спадщини, адже згідно ч. 3 ст. 44 ЦКУ, такий опікун повинен виконувати лише обов'язки на користь особи, яка визнана безвісно відсутньою, або місце перебування якої невідоме. Посилює проблему й те, що прийняття спадщини є правом, а не обов'язком спадкоємця. При вирішенні цього питання слушною є позиція, яка ґрунтується на тому, що встановлення опіки над майном відсутньої особи повинно сприяти охороні її інтересів, у тому числі й спадкових, і заборона давати згоду на прийняття такої спадщини робитиме охорону майнових прав відсутніх осіб неповною, і тим самим суперечитиме меті призначення опіки над майном [1, с. 229; 2, с. 20; 3, с. 168]. За законом опікуну доручається охорона майна відсутньої особи, тобто можна зробити висновок, що законодавець має на увазі будь-яке майно, а не лише наявне, відповідно і майбутні права, а не лише ті, які мала відсутня особа на момент зникнення. Отже, опікун може давати згоду на прийняття спадку на користь відсутнього, яке може згодом перейти під його опіку.

Потребує уточнення й питання спадкування підопічними транспортних засобів усіх видів, які навряд чи можуть успадковуватися такими спадкоємцями через неможливість ними особисто користуватися. У цьому випадку, як відзначалося в юридичній літературі,

висновок про необхідність відчуження майна впливатиме з нереальності реалізації прав власності на таке майно підопічним (особливо недієздатною особою) [4, с. 227]. Винятком із цього правила можуть бути випадки, коли опікуном такі речі (автомобіль тощо) будуть використовуватися в інтересах підопічного та (або) опікун матиме достатньо коштів для утримання транспортного засобу у належному стані.

Іншу групу проблем, пов'язаних із прийняттям спадщини при опіці, складають питання, що виникають при реалізації права опікуна на відмову від спадщини від імені підопічного.

Згідно ч. 4 ст. 1273 ЦКУ, опікун може відмовитися від прийняття спадщини, належної підопічному, лише з дозволу органу опіки та піклування. На перший погляд, навести хоча б одну підставу для такої дії, а тим більше надати вмотивоване рішення органу опіки про доцільність для інтересів підопічного такої відмови, практично неможливо. Хоча суто теоретично таку можливість необхідно розглядати, і особливо стосовно небезпечного чи невідгідного для підопічного майна. Наведемо такий приклад. До складу спадщини, яку має отримати підопічний-спадкоємець входить житловий будинок та борги спадкодавця. При цьому вартість будинку є тотожною сумі боргів. І на перший погляд, інтереси спадкоємця не страждають, але й користі такому спадкоємцю не дадуть. При зверненні стягнення на успадковане майно воно буде продано з торгів – і малоймовірно, що за ринковою ціною, скоріше всього буде проведена уцінка, і після відрхування витрат виконавчого провадження та виконавчого збору кредитори отримають ще менше. Різниця буде непогашеним боргом спадкоємця, якій виникне як наслідок прийняття спадщини – і що цікаво, без будь-якого бажання як цієї особи, так і її законних представників (батьків або опікуна).

При реалізації опікуном права на відмову від спадщини заслуговує уваги ще один момент. Відповідно до положень ст. 68 ЦКУ, опікун, його дружина, чоловік та близькі родичі не можуть укладати договори з підопічним; опікун не може здійснювати дарування від імені підопічного, зобов'язуватися від його імені порукою, а також представляти підопічного в суді при розгляді спору між підопічним і дружиною, чоловіком опікуна або його близькими родичами (ст. 68 ЦКУ). З цього загального правила існує два винятки. Названі особи не мають права: а) укладати договір дарування на користь підопічного, тобто безумовно й безоплатно передавати йому майно у власність; б) укладати договір позички на користь підопічного, тобто безоплатно передавати йому майно у безоплатне користування. Наведені правила спрямовані на створення умов, що гарантують охорону майнових прав підопічних, тобто для попередження їх можливих порушень. Не заперечуючи їх корисності, зауваження викликає лише вживання терміну «договори» у даній статті, адже, наприклад, відмова опікуна від імені підопічного від прийняття спадщини на користь близьких родичів опікуна, які також є спадкоємцями, є одностороннім правочином, а відповідно, може здійснюватися, хоча й за дозволом органу опіки та піклування (ч. 4 ст. 1273 ЦКУ). Для усунення таких протиріч доцільним видається заміна в ст. 68 ЦКУ терміна «договори» на «правочини».

Гарантії забезпечення інтересів підопічних-спадкоємців встановлені також при зміні черговості одержання спадкоємцями за законом права на спадкування. Відповідно до положень ст. 1259 ЦКУ така зміна можлива у добровільному (шляхом укладення договору між спадкоємцями) та примусовому (судовому) порядку.

Стосовно договору про зміну черговості між спадкоємцями, одним з яких є підопічний, проблем зазвичай не виникає. Згідно ч. 1 ст. 1259 ЦКУ, така угода підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню і відповідно, може укладатися лише за попередньою згодою органу опіки та піклування (п. 3 ч. 1 ст. 71 ЦКУ). При цьому заслуговує підтримки

позиція Ю. О. Заїки, який пропонує поширити правила ст. 1259 ЦКУ і на відповідні односторонні правочини [5], якщо заінтересований спадкоємець (у тому числі, наприклад, опікун підопічного-спадкоємця) виявляє бажання змінити черговість і подає про це заяву з нотаріально засвідченим підписом.

Список бібліографічних посилань:

1. Вольман И. С. Опекa и попечительство. СПб.: Труд, 1913. 315 с.
2. Змирлов К. П. О праве опекуна отыскивать наследство в пользу безвестно отсутствующего. *Журнал гражданского и уголовного права*. 1888. Кн. 8. С. 20–25.
3. Серебровский В. И. Очерки советского наследственного права. М.: Изд-во АН СССР, 1953. 238 с.
4. Фурса С. Я., Фурса Є. І. Спадкове право. Теорія та практика: навч. посіб. Київ: Атіка, 2002. 496 с.
5. Заїка Ю. О. Реалізація принципу справедливості при зміні черговості спадкоємців за законом. *Юридична наука*. 2011. № 2. С. 38–44.
6. Орзих Ю. Спадкування за законом: коментар до законодавства України. *Юридичний вісник*. 2013. № 2.

Одержано 21.04.2017

УДК 346.2:347.191.6

Ліна Миколаївна Дорошенко,

доцент кафедри цивільного права і процесу

Донецького національного університету імені Василя Стуса,

кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВІДСУТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ЗА ВКАЗАНИМ ЇЇ МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯМ

Кожна юридична особа має власні ознаки, які дозволяють її індивідуалізувати в цивільному обороті. Однією з таких ознак, які традиційно виділяють в цивілістиці як такі, що здатні відокремити юридичну особу від інших організацій, є її місцезнаходження.

В положеннях ч. 1 ст. 93 ЦК України закріплено визначення місцезнаходження юридичної особи, під яким слід розуміти фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльністю юридичної особи (переважно знаходиться керівництво) та здійснення управління і обліку.

Визначення точного місцезнаходження юридичної особи важливо як для приватних осіб, так і для держави, оскільки воно пов'язане з можливостями здійснення контролю з боку державних органів, пред'явленням позовів, виконанням щодо нього зобов'язань і вирішенням багатьох інших питань. Фактичне місцезнаходження юридичної особи за вказаною нею адресою є одним з найбільш важливих факторів, що свідчать про дотримання суб'єктом цивільного обороту вимог законодавства, доказом його реальної роботи, а не фіктивності.

Крім того, відомості про місцезнаходження юридичної особи є в переліку обов'язкових відомостей, які містяться ЄДР (абз. 10 ч. 2 ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»). Також згідно п. 2 ч. 4 ст. 17 цього Закону для державної реєстрації змін до відомостей про юридичну особу, що містяться в ЄДР, у тому числі змін до установчих документів юридичної особи, подаються, крім заяви про державну реєстрацію змін до відомостей про юридичну

особу, що містяться в ЄДР, також примірник оригіналу рішення уповноваженого органу управління юридичної особи про зміни, що вносяться до ЄДР, зокрема, і про здійснення зв'язку з юридичною особою та про її місцезнаходження.

В п. 16.1.11 ст. 16 ПК України закріплено обов'язок платника податків повідомити контролюючі органи про зміну місцезнаходження юридичної особи. Тобто законодавством передбачені необхідність надання відомостей відповідним державним органам щодо місцезнаходження юридичної особи, а у разі його зміни – обов'язок повідомлення їх про це.

Важливим є також той факт, що серед обов'язкових відомостей, що містяться в ЄДР та надаються у вигляді безоплатного доступу через портал електронних сервісів в одному ряду з такими важливими для суб'єктів цивільного обороту відомостями як відомості щодо наявності запису про державну реєстрацію припинення або перебування юридичної особи у стані припинення, видів діяльності, документів дозвільного характеру та ліцензій, знаходяться і відомості про місцезнаходження (ст. 11 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»). Тобто, будь-яка фізична або юридична особа може звернутися за цією інформацією про юридичну особу, яка її цікавить. І якщо така інформація не буде відповідати дійсності, то це може викликати сумніви в добросовісності майбутніх контрагентів і спричинити негативні наслідки для подальшого співробітництва. Як бачимо, надання достовірної інформації про своє місцезнаходження – це не лише інформація для органів державної влади, вона є доступною і важливою і для приватних учасників ринку.

Якщо є обов'язок надання вищезазначених відомостей, законодавством повинна бути передбачена і відповідальність за його недотримання. Дійсно, в попередній редакції Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» п. 6 ч. 2 ст. 38 передбачалась така підстава примусової ліквідації як наявність запису про відсутність юридичної особи за вказаним її місцезнаходженням. 13 грудня 2015 року прийнято нову редакцію цього закону. Необхідно зазначити, що чинна редакція Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» на відміну від попередньої редакції не передбачає не тільки такої підстави припинення юридичної особи як відсутність юридичної особи за вказаним її місцезнаходженням, але і всіх інших підстав, перелік яких містився раніше у ст. 38.

ЦК України (окрім однієї підстави ліквідації юридичної особи за рішенням суду, яка закріплена в п. 2 ч. 1 ст. 110, а саме через допущені при її створенні порушення, які не можна усунути) також не передбачає конкретних підстав для примусової ліквідації юридичних осіб.

Тобто склалася така ситуація, що обов'язок надання інформації про місцезнаходження юридичної особи є, однак ніяких санкцій за недотримання його законодавство не містить. Проаналізуємо, чи має місце аналогічна поведінка законодавця до такого роду інформації в законодавстві інших країн.

Так, французьке законодавство встановлює жорсткі вимоги щодо інформації про припинення організаціями комерційної діяльності за вказаним місцезнаходженням. Відповідно до положень Декрету «Про торгові реєстри і реєстри компаній» (*Decret relative au registre du commerce et des societes*) юридична особа, зареєстрована в торговому реєстрі, зобов'язана подати заяву в суд про повне або часткове припинення комерційної діяльності навіть у відсутність рішення товариства про добровільну ліквідацію. Протягом місяця після цього слід подати заяву про виключення організації з торгового реєстру. Якщо цей обов'язок не виконано, суд має право покласти його на посадову особу організації. За невиконання припису суду на підставі ст. L123-4 Торгового кодексу Франції на правопорушника може бути накладений штраф. Коли суд отримує інформацію про те, що товариство припинило

діяльність за адресою, вказаною в торговому реєстрі, він направляє повідомлення про необхідність подати відповідну заяву до суду. У разі, якщо організація більше не знаходиться за вказаною адресою, суд вносить до торговельного реєстру запис про припинення діяльності. Якщо організація здійснює дії з припинення своєї діяльності у встановленому порядку, але не подає заяву про виключення з торгового реєстру, вона виключається судом після спливу одного року після внесення до реєстру запису про припинення діяльності. Якщо ж після отримання судом відповіді, що організація за вказаною адресою відсутня, положення не приведено у відповідність з законом, суд виключає її з торгового реєстру після закінчення трьох місяців з дати внесення до реєстру відомостей про припинення діяльності.

Відповідно до законодавством РФ, якщо адреса, що внесена в ЕДРЮО, змінюється, компанія протягом трьох робочих днів з моменту такої зміни зобов'язана повідомити про це реєструючий орган за місцем свого знаходження (п. 5 ст. 5 Федерального закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб і індивідуальних підприємців»). За порушення законодавства про державну реєстрацію юридичних осіб, що виражається у неподанні, несвоєчасному поданні або поданні недостовірних відомостей про юридичну особу реєстратору, якщо таке передбачено законом, ч. 3 ст. 14.25 КоАП РФ встановлено адміністративний штраф для посадових осіб. Крім того, наслідком подібних дій (бездіяльності) може бути примусова ліквідація юридичної особи. Так, ФПС РФ у листі від 25.06.14 № СА-4-14/12088 звертає увагу, що подавати позов про ліквідацію має сенс, якщо мають місце наступні обставини: 1) є інформація про те, що зв'язок з юридичною особою за адресою, зазначеною в ЕДРЮО, неможливий – представники компанії за адресою не розташовуються і кореспонденція повертається; 2) на адресу організації надсилався повідомлення про необхідність подання достовірних відомостей про адресу. Причому, повідомлення відправлялося на адресу засновників та осіб, уповноважених діяти від імені компанії без доручення. Якщо орган, що реєструє, податкова інспекція мають інформації про те, що зв'язок з юридичною особою за адресою, зазначеною в ЕДРЮО, неможливий, представники організації за адресою не розташовуються, кореспонденція повертається з позначкою «організація вибула», «за закінченням терміну зберігання» і т. п., реєстратор направляє юридичній особі (в тому числі на адресу її засновників (учасників) та особи, що має право діяти від імені юрособи без довіреності) повідомлення про необхідність подання у реєструючий орган достовірних відомостей про її адресу. У разі неподання таких відомостей у розумний строк реєстратор може звернутися до суду з вимогою про ліквідацію організації (п. 2 ст. 61 ЦК РФ, п. 2 ст. 25 Федерального закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб і індивідуальних підприємців»).

Аналогічних прикладів положень зарубіжного законодавства можна навести безліч. В вітчизняному законодавстві зараз інститути примусової ліквідації врегульовані досить скупо і безсистемно, що не може не відбиватися на судовій практиці в цій області.

Наприклад, Дніпропетровським окружним адміністративним судом винесено постанову за позовом ДПІ у Красногвардійському районі м.Дніпропетровська Головного управління Міндоходів у Дніпропетровській області до ПП «Г» про припинення юридичної особи у зв'язку з тим, що згідно витягу з ЄДР платник податків не знаходиться за своїм місцем знаходженням. Суд прийшов до висновку, що позов підлягає задоволенню, виходячи з того, що приписами п. 16.1.11 ст. 16 ПК України встановлено, що платник податків зобов'язаний повідомляти контролюючі органи про зміну місцезнаходження юридичної особи. Крім того, згідно п. 11.30 Порядку обліку платників податків і зборів, затв. наказом Мінфіну України № 1588 від 09.12.2011 (в редакції чинній до 21.12.2016), якщо платник податків не має заборгованості перед бюджетом та у разі наявності в ЄДР запису про

відсутність юридичної особи за вказаним її місцезнаходженням, керівник органу державної податкової служби приймає рішення у вигляді розпорядження відносно платника податків про звернення до суду з позовною заявою про винесення судового рішення щодо припинення юридичної особи. Отже, на підставі вищезазначеного, суд прийняв рішення, що позовні вимоги позивача щодо припинення юридичної особи – відповідача підлягають задоволенню (справа від 26 січня 2016 р. № 804/11394/15). Хоча в інших судових рішеннях знаходить відображення позиція, в якій зазначається, що, по – перше, в законодавстві вже немає такої підстави примусової ліквідації як відсутність юридичної особи за вказаним її місцезнаходженням, по – друге, контролюючі органи не мають повноважень подавати позови на цій підставі, оскільки це не пов'язано з їх фіскальними функціями.

Цікавою є позиція ВАСУ, який в відповідній постанові зазначає, що, враховуючи те, що відомості щодо фактичного місцезнаходження платника податку є необхідною інформацією для виконання органами Державної фіскальної служби наданих ПК України повноважень зі здійснення контролю за правильністю нарахування, повнотою і своєчасністю сплати податків і зборів, забезпечення обліку платників податків та інших дій в межах здійснення контролюючої функції, а звернення до суду з позовом про припинення юридичної особи у випадку наявності в ЄДР запису про відсутність юридичної особи за вказаним її місцезнаходженням відповідає повноваженням ОДПІ. В зв'язку з чим ВАСУ постановив скасувати постанову суду першої інстанції та ухвалу апеляції та задовольнив позов фіскальних органів про припинення юридичної особи (справа від 1 червня 2016 р. К/800/49303/13).

Така суперечлива судова практика обумовлена «якістю» законодавства. Логіку розробників Закону про держреєстрацію з приводу виключення підстав примусової ліквідації юридичної особи зрозуміти складно. Видається більш логічним перенесення цієї норми в ЦК або ГК України, або в НПА, який міг бути присвячений тільки питанням ліквідації та реорганізації юридичних осіб. Але навряд чи виключення всіх підстав примусової ліквідації – це шлях до реформування законодавства у цій галузі.

В якості ремарки можна відзначити, що примусова ліквідація завжди є реакцією держави на допущені в процесі життєвого циклу юридичної особи правопорушення, виступає мірою відповідальності для правопорушника. На жаль, в даний час склалася така парадоксальна ситуація, за якої є правопорушення (відсутність юридичної особи за вказаним її місцезнаходженням), але немає відповідальності за його вчинення.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.1

Руслан Евгеньевич Эннан,

*доцент кафедры права интеллектуальной собственности
Национального университета «Одесская юридическая академия»,
кандидат юридических наук, доцент*

ИНСТИТУТ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ

Институт общественного достояния в международном авторском праве обозначен в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г.: ст. 18 (1) «применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу

не стали еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны». Таким образом, в самом общем смысле под общественным достоянием следует понимать произведения, в отношении которых срок охраны истек. Также к конвенционному регулированию общественного достояния относятся ст. 18 (2) и 18 (3) *Бернской конвенции* 1886 г., общее содержание которых сводится к утверждению: все вопросы, связанные с регламентацией общественного достояния, определяются национальным правом каждого государства-участника самостоятельно.

Во *Всемирной конвенции об авторском праве* 1952 г., так же как и в *Договоре ВОИС по авторскому праву* 1996 г., институт общественного достояния не упоминается; в *Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности* (ТРИПС) 1994 г. фигурирует термин «общественное достояние», но никак не регулируются соответствующие отношения.

В современном *международном авторском праве* можно отметить основные черты института общественного достояния. Произведение переходит в общественное достояние в каждом государстве в соответствии с предписаниями норм национального права, и это не влияет на статус этого же произведения в других государствах-участниках Конвенции.

В действующем законодательстве некоторых государств-участников *Бернской конвенции* 1886 г. сохранился национально-территориальный подход к охране авторских прав иностранцев: если государство гражданства иностранного автора или государство первой публикации произведения в Конвенции не участвуют, охрана иностранным авторам из этих государств не будет предоставлена, и их произведения сразу перейдут в общественное достояние (Австралия, Бразилия, Дания, Кения, Китай, Корея, Коста-Рика, Малайзия, США, Чили). В других государствах такое изъятие применяют только к произведениям, опубликованным в государствах, которые не отвечают в рассматриваемом вопросе взаимностью, так как не признают достаточным уровень охраны авторских прав в соответствующих странах (Италия, Руанда, Франция).

В соответствии с законодательством большинства государств правообладатель может отказаться от охраны и по собственному волеизъявлению передать свое произведение в любой момент в общественное достояние. Таким образом, основания, сроки, порядок перехода произведения, включая иностранное произведение, в общественное достояние и его статус в дальнейшем в государствах-участниках *Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений* 1886 г., регулируются на основании коллизионной привязки «закон страны охраны произведения». Следствием такой ситуации является то, что в один и тот же период времени произведение может иметь статус охраняемого авторским правом – в одном государстве и общественного достояния – в другом государстве.

Переход произведения в общественное достояние связывается с прекращением срока охраны исключительных имущественных прав на произведение. Несмотря на то, что это правило не сформулировано в *Бернской конвенции* 1886 г. точно в этой форме, при обсуждении текста Конвенции на конференции по ее принятию речь шла именно об исключительных правах. Формулировка о «прекращении» срока действия исключительных прав (вместо термина «истечение») была уточнена в законодательстве большинства государств, поскольку в таком контексте она распространяется и на случаи добровольного отказа автора от охраны своих исключительных прав с целью передачи произведения в общественное достояние.

Однако рассчитать момент перехода произведения в общественное достояние в каждом конкретном государстве может быть затруднительно в силу ряда причин:

1) в силу того, что сроки охраны исключительных прав в разных государствах отличаются; 2) в силу правила о сравнении сроков (ст. 7 (8) Бернской конвенции 1886 г.), основанного на применении коллизионной привязки «закон страны происхождения произведения»: государство не обязано предоставлять иностранному произведению срок охраны, превышающий тот, который предоставляется этому произведению в стране происхождения; 3) в силу того, что в ряде ситуаций государства предпринимают действия правоукрепительного характера, влияющие на продолжительность охраны произведений, такие как: оговорка в отношении обратной силы Бернской конвенции 1886 г. (ст. 7 (8)), продление срока охраны определенных произведений в национальных интересах – компенсация за неиспользование в период военных действий, экономическая потребность, развитие законодательства и т. д.

Перешедшее в общественное достояние произведение не становится собственностью государства, оно может быть использовано любым участником частноправовых отношений любыми законными способами. Равно как никто не может приобрести исключительные права на перешедшее в общественное достояние произведение в результате использования такого произведения (перевод, адаптация и др.).

Государства могут устанавливать в своем национальном авторском праве платный режим для общественного достояния. Плата в этом случае взимается не за использование общественного достояния, но за доступ к определенному роду свободно осуществляемой экономической деятельности, как сборы (налоги). Сегодня платный режим общественного достояния сохранился только в некоторых государствах (Алжир, Кения, Кот-д'Ивуар, Парагвай, Республика Конго, Руанда и Сенегал).

Пределы, в рамках которых третьи лица получают возможность использовать перешедшие в общественное достояние произведения, включая иностранные, определяются правом государства охраны произведения, т.е. на основании коллизионной привязки «закон страны охраны произведения».

Вопрос об определении правового статуса и режима для произведений, перешедших в общественное достояние, на сегодняшний день не урегулирован ни в международном авторском праве, ни в национальных правовых системах. Только в законодательство некоторых государств включено описательное определение общественного достояния: (Алжир, Бразилия, Кения, Коста-Рика, Руанда). Редко предусмотрены конкретные правила регулирования общественного достояния и санкции за их нарушение.

В общественное достояние США входят произведения, срок охраны авторских прав на которые истек, а также работы, которые изначально не подпадают под действие авторского права. Кроме того, особенностью правового регулирования в США является то, что на ряд творческих работ изначально запрещена монополия, и они переходят в общественное достояние сразу после создания: не охраняется авторским правом опубликованная спортивная статистика, телефонные справочники как таковые, цифровые копии и фотокопии тех объектов, которые сами находятся в общественном достоянии, а также репродукции двумерных объектов искусства (картин, фотографий, книжных иллюстраций), за исключением случаев, когда в их создание был внесен оригинальный творческий вклад (например, ретуширование).

В США сроки охраны исключительных прав на произведения авторов много раз законодательно увеличивались, поэтому произведения, созданные в разные периоды времени, имеют разные сроки перехода в общественное достояние. До присоединения США в 1988 г. к Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. произведение, по общему правилу, автоматически переходило в общественное

достояние сразу после создания, если автор не делал надлежащего уведомления об авторском праве.

Так, фильм «Ночь живых мертвецов» сразу же после премьеры перешел в общественное достояние США из-за того, что его режиссер Джордж Ромеро, изменивший рабочее название перед самым выпуском фильма в прокат в 1968 г., не успел включить надлежащее уведомление об авторских правах в новую версию.

После вступления в силу на территории США Бернской конвенции (с 1 марта 1989 г.) защита авторских прав перестала зависеть от соблюдения формальностей, соответственно, порядок и срок перехода произведений в общественное достояние изменились. В настоящее время срок действия исключительных прав на произведения в США определяется на основании Закона Сонни Боно о сроках действия авторских прав 1998 г. и составляет срок жизни автора и 70 лет после его смерти, а для корпоративных произведений – 95 лет с момента создания. В соответствии с этим Законом не только в очередной раз были увеличены сроки охраны произведений, созданных после его вступления в силу, но также была «передвинута в будущее и заморожена» дата перехода в общественное достояние в США произведений, защищенных более «старыми» законами об авторском праве.

Конституционность решения о продлении срока охраны авторских прав на основе Закона Сонни Боно оспаривалась в Верховном суде, на основании того, что в Первой поправке к Конституции США закреплено право Конгресса содействовать развитию науки и полезных ремесел, закрепляя за авторами исключительные права на их сочинения только на ограниченный период времени.

В результате восстановления прав на произведения, перешедшие в общественное достояние, возникает множество вопросов, тем более когда речь идет о трансграничных отношениях: кому и в соответствии с каким правовым порядком будут принадлежать восстановленные права на произведение: автору (наследникам) или иностранному лицу, которому права были переданы по лицензионному договору еще до перехода произведения в общественное достояние; зависит ли решение вопроса о том, кому принадлежит восстановленные права (автору или лицу, которому они были переданы до перехода в общественное достояние), от вида договора, на основании которого права были переданы (договор отчуждения, лицензионный договор) и т. д.

Регулирование этого вопроса в американском авторском праве основано на применении коллизионной привязки «закон страны происхождения произведения»: восстановленные права принадлежат «автору или начальному правообладателю в соответствии с законом страны происхождения произведения». Предусмотрено также регулирование отношений, включая трансграничные, по поводу восстановленных прав между начальным правообладателем и лицом, создавшим производное произведение на основе перешедшего в общественное достояние произведения. Авторам производных от восстановленных из общественного достояния произведений разрешается продолжать использование своих произведений при условии выплаты обладателю прав на оригинал разумного вознаграждения, которое при отсутствии договоренности сторон может определяться судом.

Во Франции произведение переходит в общественное достояние, как только срок действия исключительных прав на него заканчивается, – спустя 70 лет после смерти автора или по истечении 100 лет после смерти автора, если автор погиб на действительной военной службе, сражаясь за Францию. Режим общественного достояния характеризуется тем, что перешедшие под его регулирование произведения могут использоваться любыми лицами бесплатно при условии соблюдения моральных прав автора,

важнейшими из которых считаются право автора на имя и на оригинальное название работы.

Срок действия исключительных прав на авторские произведения во Франции, как и во многих государствах, может быть законодательно увеличен, например, на основании продлений военного времени. Так, после Первой и Второй мировых войн двумя специальными законами Франции от 1919 и 1961 гг. к обычным срокам охраны произведений были добавлены дополнительные периоды для компенсации за неиспользование во время мировых войн произведений, которые еще не перешли на момент принятия соответствующих законов в общественное достояние.

Одержано 26.04.2017

УДК 347.61/64

Вікторія Юріївна Євко,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5871-803X>

ВИДИ ПРЕЗУМПЦІЙ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Однією зі специфічних особливостей предмета сімейного права є те, що сімейні стосунки, як правило, мають міцний, тривалий і стійкий характер. Нормальне функціонування таких відносин вимагає особливих прийомів правового регулювання. Тому при належному оформленні (реєстрації) тих чи інших юридичних фактів слід виходити з припущення, що правовий зв'язок, який ними породжується, виникає між суб'єктами при наявності достатніх підстав.

Шлюбно-сімейні відносини відчують на собі регулюючий вплив норм права і норм моралі. Якщо майнові відносини у сім'ї в більшості своїй піддані чіткій правовій регламентації, то щодо особистих немайнових відносин можливості юридичного нормування виявляються істотно обмеженими.

Одні сторони внутрішньосімейних зв'язків (психологічні моменти) взагалі знаходяться поза сферою права, виключаючи навіть непрямий вплив на них правових явищ. Інші сторони (інтимне життя) – залишаються за межами правового регулювання внаслідок недоцільності правового втручання у сферу суто особистих стосунків, оскільки їх зайва регламентація може призвести до переходу тієї межі, за якою юридичний підхід до дійсності стає безглуздим. Нарешті, ті особисті немайнові зв'язки, які можуть бути піддані позитивному правовому впливу, не вимагають великої конкретизації, деталізації ситуацій і варіантів поведінки суб'єктів.

Однією з ознак шлюбно-сімейних відносин є глибоко особистий характер зв'язків між їх суб'єктами. Сутність сімейних правовідносин така, що вони незалежно від виду завжди включають у себе елемент особистого, довірчого характеру, що в певних випадках перешкоджає їх упорядкуванню з вичерпною повнотою, залишаючи місце для припущень та здогадок.

Своєрідність правової матерії, яка опосередковується сімейним правом, методи її регулювання, інші особливості (функції, принципи тощо) дозволяє зробити висновок, що

елемент припущення органічно притаманний цій галузі права. Звідси особливу значимість набуває правильний вибір найбільш прийнятних соціально-виправданих меж і засобів правового впливу, певне почуття міри і такту, особливий набір юридичного інструментарію для регламентації дуже тонкого середовища людських відносин, що і спонукає законодавця до використання такого специфічного прийому як презумпція.

Чинниками, які зумовлюють наявність презумпцій у сімейному праві в одних випадках є важкість, а часом і об'єктивно існуюча неможливість достовірного встановлення наявності або відсутності тих чи інших юридичних фактів, а в інших – недоцільність такого встановлення, незважаючи на об'єктивну можливість. Існують ситуації, коли з'ясування істини може завдати значно більшої шкоди, ніж допущення можливих узагальнень, вироблених довготривалою людською практикою. Надмірне вторгнення правозастосовчих органів в особисте життя учасників сімейних правовідносин нерідко загрожує небажаними наслідками. Використання презумпцій звільняє суд від досконального дослідження тих або інших обставин взаємин сторін, між якими виникає спір.

Вчення про презумпції має досить давню історію. Основні презумпції були сформульовані ще давньоримськими юристами. Презумпція (у перекладі з лат. *praesumptio* – припущення) – логіко-юридичний прийом, який дозволяє констатувати наявність чи відсутність юридичного факту, незалежно від його об'єктивного статусу, базуючись на вимогах соціальної практики, доцільності, раціональності викладення нормативних висловлень [1, с. 59].

Презумпція ґрунтується на багаторазово перевіреному практичному знанні про те, що те що припускається – типовий, ймовірний при даних умовах факт.

Презумпції – інститут, який досить поширений у галузевому законодавстві. Проте частіше за все він використовується законодавцем у сфері приватного права, нормами якого регламентуються відносини, які безпосередньо торкаються прав, обов'язків та інтересів громадян, в тому числі у сфері сімейних відносин [2, с. 50].

У сімейному законодавстві України більшість презумпцій не сформульована в самому законі, усі вони виводяться зі змісту норм шляхом інтерпретації.

Сімейно-правові презумптивні узагальнення слугують однаковому правовому регулюванню суспільних відносин, стабільності правозастосовної практики, сприяють реалізації вимог нормативних приписів, допомагають встановити раціональний порядок доказування обставин справи між учасниками процесу, чинять активний вплив на виникнення правовідносин, дозволяють оптимальним способом виявити наявність факту, коли іншим шляхом його не можна встановити, виступають важливою гарантією охорони прав і законних інтересів суб'єктів сімейного права, вносять стійкість в правове регулювання, роблять його більш логічним, гнучким і послідовним.

Все різноманіття сімейно-правових припущень можна поділяти за різними підставами. Найбільш повною та такою, що дозволяє показати призначення, особливості презумпцій у сімейному праві є їх диференціація за ознакою віднесення до окремих правових інститутів, відповідно до якої вони поділяються на кілька груп.

1. *Презумпції, що діють у сфері особистих правовідносин подружжя.* До них можна віднести насамперед презумпцію дійсності шлюбу. Вона включає в себе два моменти: припущення про наявність всіх елементів складного юридичного складу, що лежить в основі виникнення шлюбних правовідносин, і припущення про фактичний стан осіб, які зареєстрували шлюб, у шлюбних відносинах, створення ними сім'ї.

Вперше ця презумпція була сформульована у римському приватному праві – *semper praesumitur promatrimonio* (завжди існує презумпція на користь законності шлюбу). Дана презумпція ґрунтується на тому, що компетентний орган, на який покладено

обов'язок зареєструвати шлюб не може повною мірою та у повному обсязі перевірити дотримання особами, які укладають шлюб, усіх вимог чинного законодавства. Неможливість перевірки дотримання умов укладення шлюбу пояснюється причинами суб'єктивного характеру. Майбутнє подружжя може приховати дійсні наміри вступу у шлюб. При цьому орган державної реєстрації актів цивільного стану не завжди може виявити обставини, які приховують наречені [3, с. 117].

До цієї ж групи належить презумпція згоди другого з подружжя при вирішенні питань життя сім'ї, дія якої поширюється на кілька сімейно-правових інститутів. Її різновидами є презумпція згоди подружжя в питаннях виховання дітей, презумпція згоди подружжя при визначенні імені та прізвища (при різних прізвищах батьків) дитини, презумпція згоди подружжя при зміні прізвища дітей тощо.

2. *Презумпції, що діють в області майнових правовідносин подружжя.* Провідне місце серед них займає презумпція спільності майна подружжя, яка означає, що кожна річ, набута за час шлюбу, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, поки не доведено інше.

Ще однією презумпцією, яка діє у сфері майнових відносин подружжя, є презумпція згоди подружжя на розпорядження спільною сумісною власністю.

У цій сфері діє також припущення, що майнових правовідносин подружжя, є презумпція рівності часток подружжя в праві їх спільної сумісної власності, яка виражена полягає у тому, що у разі поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними.

3. *Презумпції, що діють у сфері встановлення походження дітей.* Найважливіше місце серед цих припущень займає презумпція батьківства чоловіка матері дитини, яка знаходить застосування практично у всіх випадках встановлення походження дітей по батьківській лінії. При народженні дитини від батьків, які перебувають у зареєстрованому шлюбі, закон виходить з високою мірою вірогідності батьківства особи, яка є чоловіком матері дитини. Ця презумпція була сформульованій ще римськими юристами – *pater est quem nuptiae demonstrant* (той батько, на кого вказує шлюб). Призначення вказаної презумпції полягають у закріпленні способу встановлення факту походження дитини.

4. *Презумпції, пов'язані з вихованням дітей.* З їх допомогою здійснюється охорона та захист прав та законних інтересів дітей. До їх числа належить, насамперед, презумпція згоди батьків у питаннях виховання дітей.

До розряду припущень загального характеру належить презумпція належного виховання дітей батьками та особами, що їх замінюють. Вона базується на безперечно існуючому суб'єктивному праві дітей на належне виховання і кореспондуючому йому обов'язку всіх громадян забезпечити таке виховання. Названа презумпція має ряд різновидів у залежності від того, хто виступає особою, відповідальною за виховання дітей. В рівній мірі вона поширюється і на фактичних вихователів, про що свідчить можливість її спростування.

До цієї групи презумптивних установлень слід віднести презумпцію дійсності усиновлення, яка діє аналогічно презумпції дійсності шлюбу, і припущення згоди дитини на усиновлення, якщо вона не досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити.

Отже, презумпції є дуже поширеним явищем у сімейному законодавстві. Вони сприяють захисту прав та інтересів учасників сімейних правовідносин та охороні їх особистого життя. Проте проблеми визначення особливостей, їх місця у механізмі правового регулювання сімейних відносин, застосування їх при вирішенні сімейно-правових спорів ще очікують дослідження та вирішення.

Список бібліографічних посилань:

1. Маркин А. В. Презумпции в праве: анализ исследований. *Вектор науки ТГУ*. 2011. № 2. С. 59–65.
2. Курумшиева Э. И. Презумпции в семейном праве Кыргызской республики. *Вестник научных конференций*. 2015. № 4–6. С. 50–54.
3. Воробьева И. В. Презумпция действительности брака в семейном праве Российской Федерации. *Вестник Российского государственного гуманитарного университета. Серия: Экономика. Управление. Право*. 2013. № 3. С. 116–122.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.41

Вадим Миколайович Ігнатенко,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1275-1755>

ДО ПИТАННЯ ПРО ЕТАПИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НЕДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ ОДНОСТОРОННІХ ПРАВОМІРНИХ ДІЙ

Уперше поняття зобов'язання було розроблено в римському приватному праві. Спочатку вважалось, що будь-які відносини між людьми можуть породити зобов'язання. На думку російського дореволюційного цивіліста Й. О. Покровського найдавніший зародок зобов'язальних відносин полягає в тій області, яку ми в теперішній час називаємо цивільними правопорушеннями або деліктами, а договір як самостійне джерело зобов'язань з'являється значно пізніше. Критерієм класифікації зобов'язань здебільшого виступали підстави їх виникнення. Головним був поділ зобов'язань на ті, що виникають із договору і із правопорушення. Давньоримський юрист Гай цю двочленну класифікацію супроводжував застереженням про виникнення зобов'язань із різноманітних інших підстав (квазі-деліктів і квазі-контрактів). Саме така, чотирьохчленна класифікація закріплена в Дигестах Юстиніана була всеохоплюючою. Треба враховувати, що термін договір (*contractus*) використовувався щодо зобов'язань які виникають на підставі правовідносин, не пов'язаних із договором, як-от: ведення чужих справ без доручення, заповідальний відказ, спільна власність. В подальшому ж цей термін не використовувався до зобов'язань, які виникають у результаті хоча б і законної дії, але про неї сторони не домовлялись. До останніх належали квазіконтракти: ведення чужих справ без доручення, сплата неналежного і безпідставне збагачення.

Другий етап знаменувався прийняттям Цивільного Кодексу Наполеона в 1804 році. Згідно ст. 1370 якого зобов'язання виникають без наявності якої-небудь згоди ні зі сторони того, хто зобов'язується, ні зі сторони того, перед ким він зобов'язується. Одні з них виникають в силу закону, інші з особистих дій зобов'язаного. Зобов'язання, які виникають із особистих дій того, хто стає зобов'язаним витікають або з квазідоговорів, або із деліктів, або із квазіделіктів. Квазідоговорами є здійснювані виключно за власним бажанням дії людини, із яких витікає яке-небудь зобов'язання перед третьою особою, а іноді взаємне

зобов'язання обох сторін. До них традиційно віднесені ведення чужих справ без доручення і безпідставне збагачення.

Вслід за Кодексом Наполеона другим видатним кодифікованим нормативним актом у галузі цивільного права стало Німецьке цивільне уложення 1896 р. Воно врегулювало наступні недоговірні зобов'язання із односторонніх правомірних дій; публічна обіцянка винагороди, конкурс і ведення справи без доручення. В силу § 687 особа, яка в публічному оголошенні визначить винагороду, за вчинення якої-небудь дії, зокрема за досягнення певного результату, зобов'язана виплатити винагороду тому, хто здійснить зазначену дію, навіть якщо останній діяв не враховуючи публічну обіцянку винагороди. Різновидом публічного обіцяння винагороди виступає конкурс на преміальній основі, який вважається дійсним лише за умови, що зазначений його строк (абз.1§ 661). Конкурс від публічної обіцянки винагороди відрізняє змагальність. Ведення справи без доручення передбачає, що особа, яка веде справу іншої особи, не отримавши від неї доручення або не будучи уповноваженою в інший спосіб, зобов'язана вести справу так, як того вимагають інтереси зацікавленої в справі особи з урахуванням її дійсної або передбачуваної волі (§ 667).

Щодо незавершених зобов'язань, то § 762 передбачає, що зобов'язання з гри або парі не виникає. Надане на підставі гри або парі не може бути витребуване до повернення, оскільки зобов'язання не існує. Ці правила застосовуються також до домовленості, по якій сторона, яка прогала з метою виконання боргу, який виник із гри або парі прийме на себе зобов'язання перед стороною, яка виграла, зокрема, про визнання боргу.

Кодекс Наполеона і НЦУ справили значний вплив на розвиток цивільного законодавства дореволюційної Росії, яка частково включала територію сучасної України. На думку Є. О. Харитонова і О. І. Харитонові, найбільш важливим для нас є те, що НЦУ має явний, хоча й практично не відображений в літературі вплив на радянські кодекси, в тому числі й на Цивільний кодекс УРСР, послугувавши таким чином опосередковуючою ланкою приватного права.

У 1807 році набув чинності 15-томний Звід законів Російської імперії, який був об'єднаний у вісім книг. Значне місце у Зводі законів Російської імперії було відведено інституту зобов'язального права, в якому розрізняли зобов'язання, які виникають із договорів, та ті, які виникали у зв'язку із заподіянням шкоди. На початку XIX ст. у Російській імперії були створені кодифікаційні комісії, які розробили проекти сімейного, кримінального та торгового уложень, однак вони не були прийняті і не вступили в дію.

Щодо врегулювання зобов'язань із односторонніх правомірних дій, то можна стверджувати, що проект Цивільного уложення перебував під впливом Німецького цивільного уложення, оскільки в розділі третьому містив, зокрема, глави: публічна обіцянка винагороди, ведення чужих справ без доручення повернення неналежно отриманого.

Третій етап пов'язаний з існуванням Радянського Союзу. ЦК УРСР 1922 року закріплював два види недоговірних зобов'язань: ті що виникають внаслідок безпідставного збагачення, і що виникають внаслідок заподіяння іншому шкоди. На підставі ст. 399 ЦК особа, що збагатіла коштом іншої особи без ґрунтовної, встановленої законом або угодою підстави, зобов'язана повернути незаконно одержане. Обов'язок повернення настає й тоді, коли підстава збагачення відпадає згодом. Також передбачалось правило, згідно з яким збагатілий коштом іншої особи, через протизаконну, або спрямовану на шкоду державі дію цієї особи, зобов'язаний внести безпідставно одержане в прибуток держави. ЦК УРСР 1963 року розширив правове регулювання недоговірних зобов'язань і закріпив окрім зобов'язань з відшкодування шкоди і зобов'язань з безпідставного збагачення, зобов'язання, що виникають з публічного обіцяння винагороди (оголошення конкурсу),

зобов'язання, що виникають внаслідок рятуння соціалістичного майна. В юридичній літературі того часу недоговірні зобов'язання поділялись на два види: а) ті, що виникали з односторонніх правомірних дій (публічна обіцянка винагороди); б) охоронні, які виникали внаслідок завдання шкоди, рятуння соціалістичного майна, безпідставного придбання або збереження майна. В той же час існувала також точка зору про вузьке розуміння недоговірних зобов'язань, ототожнення їх з деліктними. Відповідно при такому підході поділ зобов'язань на договірні і не договірні (деліктні) не охоплював усі види зобов'язань (наприклад, з односторонніх правочинів, подій тощо). Тому пропонувалось поділити зобов'язання на регулятивні (як договірні, так і інші зобов'язання правомірної спрямованості і охоронні (які виникають із заподіяної шкоди і з безпідставного збагачення). У сучасній цивілістичній науці відстоюється також і вузький підхід, а саме, що в основі систематизації лежить поділ більшості зобов'язань за підставами виникнення на дві великі групи: договірні і недоговірні (правоохоронні).

Четвертий етап розпочався зі створенням цивільного законодавства незалежної України. В останній рік існування СРСР 31.05.1991 були прийняті Основи цивільного законодавства Союзу РСР і республік, які містили окремі глави присвячені таким недоговірним зобов'язанням як ведення чужих справ без доручення і з безпідставного збагачення.

Так, в силу ст. 188 Основ особа, яка вчинила правочин в інтересах другої особи, не маючи на те повноважень, вправі вимагати відшкодування понесених по цьому правочину витрат за умови наступного його схвалення цією особою. При відсутності схвалення необхідні витрати відшкодовуються особою, в інтересах якої вчинений правочин, лише в межах набутої за правочином вигоди. В українському цивільному законодавстві вони не мали безпосереднього втілення. Кодифікаційна робота проводилась і в рамках СНД. 29 жовтня 1994 року на п'ятому пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учасниць СНД було прийнято Модельний цивільний кодекс. Зокрема, глава 46 «Окремі види зобов'язань» була присвячена регулюванню діяльності в чужому інтересі без доручення.

Серед новітніх кодифікацій цивільного законодавства, які передбачають виокремлення недоговірних зобов'язань слід назвати ЦК Канадської провінції Квебек 1994 року. По-перше, в ст. 1372 зазначені підстави виникнення зобов'язання: зобов'язання виникає з договору або із будь-якої дії або факту, з яким закон пов'язує правові наслідки зобов'язань. По-друге, він мстить главу 4 «про деякі підстави зобов'язань» розбиту на три відділи: про ведення чужих справ, про прийняття неналежного, про безпідставне збагачення.

Нові цивільні кодекси Російської Федерації і Республіки Білорусь в розділах окремі види зобов'язань не виокремлюють недоговірні зобов'язання і не закріплюють такого терміну, а лише містять окремі глави: дії в чужому інтересі без доручення і публічна обіцянка винагороди, публічний конкурс і проведення ігор і парі; зобов'язання внаслідок завдання шкоди; зобов'язання внаслідок безпідставного збагачення. Однак, в ЦК РБ все ж приводиться термін «недоговірні зобов'язання» – так називається параграф глави «колізійні норми» розділу «Міжнародне приватне право». в ньому йдеться про наступні види недоговірних зобов'язань: а) зобов'язання з односторонніх дій (публічна обіцянка нагороди; діяльність в чужому інтересі без доручення); б) зобов'язання внаслідок завдання шкоди; в) безпідставне збагачення.

На відміну від цивільних кодексів РФ і РБ, ЦК України, по-перше в окремий підрозділ виділяє недоговірні зобов'язання, які разом з договірними складають розділ «окремі види зобов'язань»; по-друге, він більш детально регулює окремі види недоговірних зобов'язань, завдяки чому закріплює більш широкий їх перелік. Наприклад, ЦК РФ і РБ в главі «зобов'язання внаслідок завдання шкоди» включають статтю «попередження

завдання шкоди», згідно якій небезпека завдання шкоди в майбутньому може стати підставою для позову про заборону діяльності, що створює небезпеку (відповідно ст. 1065 і 934). Натомість ЦК України містить главу «створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи» яка складається із трьох статей. Якщо порівняти правове регулювання недоговірних зобов'язань із односторонніх правомірних дій, за ЦК УРСР і діючий ЦК України, то перш за все це наявність окремого підрозділу і закріплення окремих видів на рівні глав: публічна обіцянка винагороди; вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи; набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

Підсумовуючи вказане можна дійти висновку, що значення недоговірних зобов'язань на сучасному етапі зростає. Нарівні з традиційними видами недоговірних зобов'язань із односторонніх правомірних дій, які відомі з часів римського права: ведення чужих справ без доручення, зобов'язання внаслідок безпідставного збагачення, врегульовані нові види зобов'язань: із публічного обіцяння винагороди без оголошення конкурсу та за результатами конкурсу; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи. Разом з розширенням переліку видів недоговірних зобов'язань із односторонніх правомірних дій чітко простежується тенденція до збагачення змісту раніше відомих зобов'язань шляхом виокремлення підвидів у рамках виду. Так, наприклад, ЦК УРСР не регулював зобов'язання з публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу.

Одержано 03.05.2017

УДК 347.1

Костянтин Анатолійович Карчевський,

*юридичний радник Міжнародної організації з розвитку права (IDLO),
кандидат юридичних наук, доцент*

УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ НА ЕЛЕКТРОННИХ ТОРГАХ, ЩО ПРОВОДЯТЬСЯ З ВИКОРИСТАННЯМ ТЕХНОЛОГІЇ BLOCKCHAIN

Розвиток науково-технічного прогресу та інформаційних технологій впливає на всі сфери суспільного життя, у т.ч. й на майнові відносини, що є предметом цивільного права. Такі технології вимагають як переосмислення сутності тих чи інших цивільно-правових інститутів, що широко застосовувалися у так звану «доінформаційну» добу, так і відповідного реформування цивільного законодавства, його розбудови на певних нових засадах. Серед іншого, інформаційні технології застосовуються й у договірній сфері, а саме під час укладання договорів в процесі проведення електронних торгів (аукціонів). Електронні торги є інструментом, який забезпечує прозорість процесу укладання договорів (що є запорукою усунення корупційної складової під час укладання державних контрактів), а також зручність та доступність такого процесу (що надає можливість приймати участь в укладанні договорів широкому колу суб'єктів господарювання). Зазначені чинники обумовлюють широке застосування електронних торгів у сфері публічних закупівель, у сфері продажу публічного майна, у сфері купівлі-продажу інших товарів.

Традиційні електронні торги передбачають те, що в мережі Інтернет відбувається змагання між особами, які бажають купити відповідний товар (учасниками електронних торгів). Для цього учасники торгів реєструються на певному електронному торговельному майданчику, через який проводиться аукціон, вчиняють дії, необхідні для участі у торгах (як правило сплачують певну суму як гарантійний депозит) та роблять грошові ставки під час самих торгів. Після закінчення торгів учасник, що запропонував найвищу ставку визнається переможцем та отримує право на укладання відповідного договору.

Можна вказати, що у даному разі фактично традиційних механізм укладання договору на біржі просто переноситься у відкритий інформаційний простір, не змінюючи самих засад звичайної біржової торгівлі. Таким чином, як і при біржових торгах, сам факт перемоги в електронних торгах ще не буде призводити до визнання договору укладеним. Укладання договору буде, як і раніше, залежати від дій конкретних осіб, що цілком можуть бути й недобросовісними. Так, наприклад, організатор може відмовити «чужому» переможцю, або всім переможцям для затягування процесу продажу майна (особливо цілісного майнового комплексу підприємства, що підлягає продажу в процесі приватизації), або самі учасники можуть діяти таким чином, що переможець, зробивши надто велику ставку потім уникає укладення договору і договір або взагалі не укладається (чим затягується час), або укладається з наступним за ним, як правило – «своїм», учасником. До того ж традиційний електронний аукціон не є повністю автоматизованим, а в роботу електронної біржі можуть втручатися сторонні особи, які будуть робити неможливими ставки від «чужих» учасників, чи по іншому спотворювати результати торгів.

Вирішення вказаних та інших проблем може полягати у застосуванні технології Blockchain. Ця новітня інформаційна технологія передбачає наявність певної інформаційно-телекомунікаційної системи з наявністю децентралізованої бази даних. Остання одночасно належить необмеженому колу осіб. Кожна транзакція (дія) в межах системи, авторизована у ній учасника, вчиняється за його електронним цифровим підписом, а вся інформація розміщується в системі за допомогою відкритого API. «Мозок» та «серце» електронного аукціону, що заснований на зазначеній інформаційній технології, є так званий «смарт-контракт» – комп'ютерна програма, яка автоматично визначає хід та порядок проведення електронних торгів, вирішує пов'язані з цим питання, у тому числі допуск (або, навпаки – не допущення) до торгів відповідних осіб, розміри ставок учасників тощо.

Автоматизація моменту укладання договору у таких умовах може досягатися тим, що заздалегідь затверджується форма договору з визначенням всіх умов договору, за винятком відомостей про сторін договору, його предмету та ціну. Предмет договору та відомості про продавця будуть визначатися в момент внесення до системи відомостей про відповідний об'єкт, що підлягає продажу та про його власника (уповноважену власником особу). Ціна договору буде визначена після проведення електронних торгів та дорівнюватиме найбільшій ставці, зробленій учасником торгів (їх переможцем). При цьому, кожна ставка, зроблена під час торгів, програмними засобами системи автоматично підписується ЕЦП відповідного учасника та розглядається як його пропозиція укласти договір на встановлених умовах та щодо визначеного предмету за заявлену учасником ціну. Організатор електронних торгів, вносячи до системи відомості про себе та про предмет торгів, власним ЕЦП повинен не тільки підтвердити такі відомості та прийняти на себе майнову відповідальність за їх достовірність, але й погодитись на те, що акцептування ним майбутньої оферти переможця електронного аукціону (у разі його наявності), буде зроблено автоматично програмними засобами (смарт-контрактом) самої системи електронного аукціону.

За зазначених вище умов договір буде укладатися без участі людини; учасники торгів та зацікавлені особи зможуть спостерігати або отримати інформацію про всі транзакції, що відбувалися в процесі торгів; кожна особа (крім випадків, встановлених законом) зможе бути учасником торгів; учасник, який зробить ставку буде усвідомлювати, що він вчиняє достатньо дій, для виникнення відповідних майнових зобов'язань, за порушення яких він буде нести певну майнову відповідальність. Вказане дозволить не тільки виконати завдання забезпечення прозорості, відкритості та доступності торгів, але й призведе до усунення ризиків, пов'язаних із проведенням звичайних електронних торгів.

Одержано 24.04.2017

УДК 347 625

Тетяна Сергіївна Кириченко,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9394-2010>

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «СВОБОДА» ТА «ОСОБИСТА НЕДОТОРКАННІСТЬ» У СІМЕЙНОМУ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Останнє десятиліття XX століття для України стало вирішальним та доленосним, вказавши вектор розвитку країни. І цей вектор спрямував до Європи, до створення цивілізованого, демократичного суспільства.

Україна обрала стратегічним напрямком розвитку інтеграцію в європейський економічний і політико-правовий простір. Вступ до Європейського Союзу (ЄС) визначений ключовим зовнішньополітичним пріоритетом і стратегічною метою України на найвищому державному рівні.

Європейський шлях нашої держави вимагає серйозних зусиль щодо реформування української правової системи у напрямку забезпечення прав людини. Серед особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, важливу роль відіграє право на свободу та особисту недоторканність.

Стаття 29 Конституції України гарантує: «Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність». Ці норми знайшли своє відображення у кримінальному та сімейному законодавстві.

Щоб дійсно уявити собі значення цих понять необхідно звернутися до філософії.

З точки зору сучасної філософії – «Несвідомої» свободи не існує. В такому випадку «свобода» вторинна по відношенню до «необхідності» і до «свідомого». Сучасні дослідження в сфері вищої нервової діяльності людини підтверджують відсутність свободи в «несвідомому», де є лише «необхідність» у вигляді інстинктів. Однак висновок зроблений матеріалістами з такої послідовності походження категорій викликає ряд питань. Таке визначення свободи висказав ще Спіноза, який розумів її як свободу «... від рабської залежності людини від зовнішніх обставин, але не взагалі від них, а від найближчих, від приватних і випадкових. І, навпаки залежність від універсальної зв'язку речей, – які діють

у згоді з нею». Як пізнану універсальну необхідність, «... як акт постійно – що триває звільнення з полону найближчих зовнішніх обставин, – як діяльність мислячого тіла в світі речей».

Насилля, як філософська категорія з найдавніших часів у філософії, історії, політичній науці, соціології сформувалися дві позиції у визначенні природи насильства. Представники *першої* вважали насильство природженою властивістю людини. «Ми, – вважав філософ М. Бердяєв, – живемо в насильстві, оскільки живемо у фізичному тілі. Закони матеріального світу – закони насильства». Прихильники *другої* позиції вважали насильство результатом соціального й культурного середовища, в якому живе людина. Створення умов у суспільстві для його духовного розвитку, для виховання людини – в цьому вбачали порятунок від насильства. Толстой бачив свободу: «Свобода в том, что человек может иметь радость сознательного подчинения высшему закону своей жизни» Л. Толстой, та інші.

Проблема насильства з метою його попередження сьогодні вивчається в різних аспектах і розглядається багатьма галузями знань.

Юриспруденція акцентує увагу на порушенні правових норм, закріплює поняття насильство в сім'ї як будь-які умисні дії фізичного, сексуального, психологічного чи економічного спрямування одного члена сім'ї по відношенню до іншого члена сім'ї, якщо ці дії порушують конституційні права і свободи члена сім'ї як людини та громадянина і наносять йому моральну шкоду, шкоду його фізичному чи психічному здоров'ю.

Соціологія виявляє причини і поширеність насильства, як соціальної девіації і визначає його як явище дискримінації особи і сім'ї, утиск або обмеження її/їх прав і свобод.

З економічної точки зору насильство можна розглядати як незаконну дію, яка приносить значно більший прибуток, ніж узаконені види діяльності в тій або іншій сфері.

У філософії насильство визначається як застосування сили або загроза її застосування, як зведення сили в закон людських відносин.

Отже, підсумовуючи вищевказане, можна виділити наступні ознаки насильства є:

- дія, і ця дія повинна бути не пасивною, а активною;
- дія повинна бути на когось спрямована;
- ця дія повинна мати примусовий вплив на потерпілого;
- шкода життю, здоров'ю, особистій свободі, тілесні ушкодження та тощо; залякування, погроза іншій людині;
- обов'язково відбувається умисно.

Право на свободу та особисту недоторканність, передбачене ст. 29 Конституції України.

У кримінальному праві, треба розуміти як право не бути свавільно позбавленим волі, а також право бути звільненим у певний термін в разі затримання, арешту або позбавлення волі, які відбувалися згідно із законом.

Це право передбачає, що будь-які інші особи, в тому числі службові і серед них представники суду і правоохоронних органів, зобов'язані не порушувати фізичне право особи знаходитися в певний час у певному місці. Це право може обмежуватись тільки на підставах та в порядку, визначених законом.

Порушення зазначеного права може виявитися у затриманні особи в місці, де вона взагалі не бажає або більше не бажає перебувати (обмеження волі), а також в поміщенні її в місце, яке вона не має змоги вільно залишити, хоча бажає цього (позбавлення волі). Такими місцями можуть бути як приміщення (кімната, камера, погріб тощо) чи комплекси приміщень (місце позбавлення волі, психіатрична лікарня), так і інші місця (дах багатоповерхового

будинку, транспортний засіб) чи місцевості (скала, острів, ділянка місцевості, де особу тримають як заложенника).

Дане право закріплене у цілій низці міжнародних актів: Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 року (підписана Україною 09.12.1995, ратифікована Україною 17.07.1996); Конвенція про ліквідацію усіх форм дискримінації у відношенні до жінок 1979 року (підписана Україною 17.07.1980, ратифікована Україною 24.12.1980, вступила в дію для України 03.09.1981); Конвенція про права дитини 1989 року (підписана Україною 14.02.1990, ратифікована Україною 28.02.1991, вступила в дію для України 27.09.1991), Загальна декларація з прав людини (1948 р.). Вступивши до Ради Європи (1995 р.) і ратифікувавши 17 липня 1997 р. зазначену Конвенцію та ряд Протоколів до неї (Перший протокол і Протоколи № 2, 4, 7 та 11), Україна визнала її чинність у національній правовій системі та обов'язковість рішень Європейського Суду з прав людини з усіх питань, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції.

У Сімейному кодексі дана норма знайшла своє відображення у ст. 56, особиста свобода та недоторканність, як особисте немайнове право подружжя. Свобода у даному контексті розглядається як вільний вибір місця проживання, право на припинення шлюбу. Для існування шлюбу та сім'ї визначальним є лише ставлення чоловіка та дружини до продовження та підтримання шлюбних відносин, їх внутрішня воля і надалі здійснювати сімейні функції. У ч. 2 ст. 3 СК зазначено, що подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно.

Особисту недоторканність законодавство визначає як примушення у вигляді насилля – психічного та фізичного.

Право особи на свободу та особисту недоторканність не є абсолютним. У передбачених законом випадках, особливо у сімейному провадженні, вони є відносними. Тобто тісно пов'язані з особистістю.

Прикладом здійснення права на свободу в сімейному праві може слугувати справа від 10 жовтня 2011 року близько 21:40 години гр. ОСОБА_1 прийшов додому у нетверезому стані, кричав на свою дружину, ОСОБА_1, сина, ОСОБА_2, висловлювався в їх сторону нецензурними словами та словесно погрожував фізичною розправою, чим **здійснив насильство у сім'ї**. Вина ОСОБА_1 у вчиненому правопорушенні стверджується матеріалами справи. У зв'язку з тим, що в діях ОСОБА_1 наявні ознаки адміністративного правопорушення передбаченого ст. 173-2 КУпАП, враховуючи особу правопорушника, матеріали адміністративної справи та вимоги передбачені ст. 33 КУпАП, застосував стягнення у виді штрафу, яке буде необхідним та достатнім для досягнення мети визначеної ст. 23 КУпАП – виховного впливу та запобігання вчиненню нових правопорушень. Керуючись ст. 283, 284 КУпАП. Аналізуючи інші справи з порушенням права на особисту свободу та недоторканність, можна дійти до висновку, що суди з метою забезпечення єдності судової практики, зокрема в частині її відповідності міжнародним стандартам, здійснюючи правосуддя, поряд із нормами національного законодавства мають застосовувати і норми Конвенції. Оскільки у Конвенції є низка характерних особливостей, її положення мають загальний характер, а права людини здебільшого констатуються у ній в абстрактній, оціночній формі, правильне розуміння її норм розкривається у рішеннях Європейського Суду з прав людини, які містять правові позиції щодо суті положень зазначеного міжнародно-правового акта, а також змісту та обсягу гарантованих ним прав.

Оскільки за змістом ст. 124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, а юрисдикція їх поширюється на всі правовідносини, що виникають у

державі, ключову роль у забезпеченні ефективного захисту прав і свобод громадян на національному рівні відведено саме судам.

Список бібліографічних посилань:

1. Конституція України від 28.06.1998 № 254к/96-вр // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>.
2. Сімейний кодекс України: закон України від 10.01.2002 № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21–22. Ст. 135.
3. Кримінальний кодекс України: закон України від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
4. Петрова Л. В. Фундаментальні проблеми методології права: філософсько-правовий дискурс. Харків, 1998. С. 297–298.
5. Німченко В. Правовий статус особи за Конституцією України. *Вісник Конституційного Суду України*. 1998. № 3. С. 37.
6. Конституції і конституційні акти України. Історія сучасність/під ред. І. О. Кресшой. Київ, 2001. С. 50.
7. Маринів В. І. Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 1999. С. 46.
8. Витрук Н. В. Особистість, її права та свободи у соціалістичному суспільстві. Київ, 1967. С. 8.
9. Великий тлумачний словник сучасної української мови/під ред. В. Т. Бусела. Київ, 2003. С. 68.
10. Узагальнення Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.06.2013 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001740-13>.
11. Про попередження насильства в сім'ї: закон України від 15.11.2001 № 2789-III // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2789-14>.
12. Фишер К. История новой философии: Бенедикт Спиноза. М.: АСТ, 2005. 557 с.
13. Бердяев М. Философия свободы. М.: Путь, 1911. 254 с.
14. Толстой Л. Н. Полное собрание сочинений в 90 томах. М., 1928–1958. Т. 55. С. 152.

Одержано 05.05.2017

УДК 347.12

Наталія Василівна Коробцова,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук, доцент

**КРИТЕРІЇ ЯКОСТІ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ:
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ**

Медична послуга є різновидом цивільно-правових послуг, тому для неї, як і для будь-якої послуги, важливе значення має якість. Глава 63 ЦК України не містить критерії оцінки якості послуг в договірних відносинах. Такі критерії передбачені в главі 61 ЦК України (ст. 857). За аналогією закону можна визначити, що якість медичних послуг повинна відповідати умовам договору, а в разі їх відсутності або неповноти – вимогам, що звичайно ставляться до послуг такого виду.

Як правило, сторони в договорі про надання медичних послуг спеціально не обумовлюють умову якості послуг, якщо тільки мова не йде про виконання послуги, яка відповідає підвищеним вимогам якості порівняно з тими, що передбачені аналогічними договорами чи медичними стандартами. В такому випадку, послуга, яка не відповідатиме підвищеному рівню якості, хоча при цьому і відповідає стандартам, буде вважатися неякісною.

Якщо сторони в договорі передбачили умову про якість медичних послуг, то послуга буде вважатися неякісною якщо тільки не буде виконаний договір. В іншому випадку буде вважатися, що послуга надана якісно незалежно від того задоволений пацієнт її результатом чи ні.

Закон України «Про захист прав споживачів» розглядає належну якість послуги як властивість, яка відповідає вимогам, встановленим у нормативно-правових актах і нормативних документах, та умовам договору із споживачем.

Положення ЦК України та Закону «Про захист прав споживачів» дають можливість визначити наступні *критерії якості медичних послуг*:

- відповідність послуги умовам договору;
- відповідність послуги нормам та стандартам обов'язкових вимог щодо якості;
- відповідність послуги вимогам, що звичайно ставляться до аналогічних послуг.

При визначенні якості послуги потрібно перш за все керуватися стандартами надання медичних послуг. Головною вимогою Міжнародної організації зі стандартизації є стабільне проведення роботи щодо поліпшення якості послуг, що досягається за допомогою наступних механізмів:

– ліцензування діяльності з медичної практики та контроль за виконанням ліцензійних умов;

- акредитація закладів охорони здоров'я;
- система стандартів у сфері охорони здоров'я;
- здійснення контролю якості медичних послуг;
- сертифікація медичних установ та ін.

Згідно зі ст. 11 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії», державні соціальні нормативи у сфері охорони здоров'я містять:

- нормативи надання медичної та фармацевтичної допомоги...;
- показники якості надання медичної та фармацевтичної допомоги;
- перелік та обсяг гарантованого рівня медичної та фармацевтичної допомоги громадян у державних і комунальних закладах охорони здоров'я;
- інші нормативи.

Треба зауважити, що стандарт встановлює мінімальні вимоги до якості, її об'єму та змісту. В договорі про надання медичних послуг сторони можуть передбачити більш підвищені вимоги до якості.

Критерій відповідності якості послуги вимогам, що звичайно висуваються до таких послуг, використовується в медицині дуже часто. Якщо не існує законодавчих нормативів, стандартів, а також договірних умов про якість послуг, застосовується зазначений критерій. Мова йде про використання звичаїв в медицині, традиційних лікувальних, діагностичних методик.

Якість медичних послуг відіграє важливу роль при здійсненні медичної діяльності. Але навіть високий рівень медицини не може гарантувати пацієнту досягнення позитивного результату лікування, оскільки на сам процес лікування впливають безліч факторів: від можливостей медицини в лікуванні цієї хвороби, професійних якостей лікаря до можливостей організму пацієнта.

Дефекти в наданні медичних послуг часто зводять до порушення вимоги її якості. Тобто, будь-яка дефектна послуга є неякісною. Але це зовсім не так. Тому вирішувати питання якості медичних послуг потрібно у поєднанні з поняттям «дефектів її надання».

Дефектом надання медичних послуг є дії (бездіяльність) медичного персоналу при наданні медичних послуг, які можуть мати вираз в різного роду порушеннях процесу проведення діагностики, лікування, догляду за пацієнтом, що призвели або можуть привести до негативних наслідків.

Причини несприятливих результатів у медицині можуть бути різними, що і спричиняє появу значних труднощів при визначенні та юридичній оцінці негативного результату.

Важливий чинник правової кваліфікації дефектів надання медичних послуг – наявність причинно-наслідкового зв'язку між діями медичного працівника і негативними наслідками для здоров'я пацієнта. Коли після проведеної діагностики пацієнту призначається лікування, то у разі настання негативного наслідку для нього необхідно окремо враховувати початковий стан здоров'я пацієнта і стан після лікування. Це необхідно визначати для з'ясування наявності причинно-наслідкового зв'язку між діями медика і результатом, що настав, а також для вирішення питання відповідальності медика.

Дефект медичної діяльності є явищем збірним і складається з:

- медичної помилки;
- професійних правопорушень чи злочинів;
- нещасних випадків.

Для медичної помилки характерним є існування вини в діях медичних працівників в формі необережності, що тягне настання дисциплінарної, адміністративної та цивільно-правової відповідальності.

Якщо мова йде про вчинення медичним працівником умисних дій, які спричинили тяжкі наслідки для здоров'я пацієнта або стали причиною смерті, настає кримінальна відповідальність за скоєння професійного правопорушення або злочину.

Одним з видів дефектів в медичній діяльності є настання негативних наслідків для життя, здоров'я пацієнта, викликаних випадковим збігом обставин, при якому медичний працівник діяв не порушуючи нормативи та стандарти надання медичної послуги або допомоги, але негативні наслідки, незалежно від цього, все рівно настали. В даному випадку потрібно вести мову про нещасний випадок в медицині.

Нещасний випадок як раз і є тим винятком з усіх інших видів дефектів, який не пов'язаний з якістю медичних послуг. Так, вроджена аномалія будови окремого органу людини, нетипове протікання хвороби, атипова реакція організму на ліки при попередньому проведенні алергопроб та ін. можуть стати перешкодою при досягненні бажаного результату. Нещасний випадок тим і відрізняється від медичної помилки та правопорушення, що в діях як медичного працівника, так і медичного закладу, відсутня вина в настанні негативних наслідків. Іншими словами, зроблено все, що вимагалось, а шкода все рівно настала. Враховуючи те, що мета послуги так і не досягнута, нещасний випадок відноситься до дефектів надання медичних послуг, за настання якого відповідальність повинна виключатися. Однак ЦК України по іншому вирішує це питання.

Згідно зі ст. 1195 ЦК України «Відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я» особа, що завдала таку шкоду, зобов'язана її відшкодувати. Стаття 906 ЦК «Відповідальність виконавця за порушення договору про надання послуг» таким чином вирішує питання відповідальності: якщо послуги надавалися за плату виконавцем не підприємцем – збитки відшкодовуються в повному обсязі за наявності його вини; якщо послуги надавалися за плату виконавцем при здійсненні підприємницької діяльності –

відповідальність за збитки настає незалежно від наявності або відсутності вини, звільнити від відповідальності може лише обставина непереборної сили; якщо послуги надавалися виконавцем безоплатно – відповідальність настає в розмірі двох неоподаткованих мінімумів доходів громадян, якщо інший розмір не встановлений законом (ч. 2 ст. 906).

Отже, як договірна, так і недоговірна відповідальність настають, як правило, без врахування вини (виключення: надання послуг виконавцем не підприємцем).

Одержано 27.04.2017

УДК 347.65/68

Олександр Євгенович Кухарєв,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2086-9179>

ДИСПОЗИТИВНІ ТА ІМПЕРАТИВНІ НОРМИ У СПАДКОВОМУ ПРАВІ

При класифікації правових норм до окремих, самостійних видів відносять диспозитивні та імперативні норми.

Диспозитивною нормою зазвичай вважають засновану на нормах права правову свободу суб'єктів цивільного права у виборі варіанта поведінки, тобто можливість правомірно, у встановлених межах набувати суб'єктивних цивільних прав і юридичних обов'язків, визначати (формулювати) структуру суб'єктивних цивільних прав, здійснювати суб'єктивні цивільні права, використовувати форми (порядок) і способи захисту порушених прав, а також вибирати розмір та форми притягнення до цивільно-правової відповідальності [1, с. 139, 140].

Диспозитивним нормам протиставляються імперативні норми, під якими традиційно розуміють норми, які сторони не можуть виключити або змінити шляхом узгодження іншого в договорі [2, с. 23]. Імперативні норми за самою своєю сутністю спрямовані на обмеження автономії волі сторін.

Як відзначає С. О. Погрібний, імперативні норми забезпечують зовнішнє (державне) регулювання цивільних відносин, а диспозитивні норми забезпечують можливість їх автономного регулювання [3, с. 53].

При цьому в правовій доктрині співвідношення диспозитивних та імперативних заasad розглядають переважно у сфері договірного регулювання цивільних правовідносин [4], [5].

Загальноприйнятою в юридичній літературі є позиція, що в приватному праві переважають диспозитивні норми, а найбільш важливим регулятором відносин визнається саме договір. Це повною мірою узгоджується з природним, об'єктивним поділом права на публічне і приватне, який підтверджує, що громадянське суспільство не зливається з державою у єдине ціле [6, с. 74].

Водночас можна констатувати, що спадкове право містить більшу кількість імперативних норм, ніж будь-яка інша підгалузь цивільного права. Однією з причин існування імперативних норм в матерії цивільного права називають, серед іншого, їх направленість на врахування державних інтересів. Однак, причина вміщення імперативних норм у Книзі 6 ЦК

Україні бачиться в іншому. Справа в тому, що спадкове право, як підгалузь цивільного права, має тісний зв'язок не лише з правом власності, а й з відносинами шлюбу, сім'ї, споріднення, що певним чином зближує спадкове право із сімейним. Невипадково окремі автори доходять висновку про тотожність суб'єктів сімейних відносин та відносин спадкування за законом у зв'язку з тим, що останні засновані на родинних відносинах [7, с. 30].

Крім того, призначення спадкового права полягає в забезпеченні саме *посмертного* переходу прав та обов'язків від однієї особи (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців) в порядку універсального наступництва. Тобто йдеться про такий перехід, що відбувається внаслідок смерті власника.

Наведені обставини, без сумніву, впливають на функціональне призначення імперативних норм у сфері спадкування.

По-перше, за їх допомогою досягається баланс інтересів учасників відповідних правовідносин, які потребують допомоги у зв'язку з обставинами, що мають істотний характер (вік, стан здоров'я). Це зумовило не лише обмеження свободи заповіту шляхом закріплення правила про обов'язкову частку у спадщині (ст. 1241 ЦК України), а й включення до спадкоємців за законом п'ятої черги утриманців спадкодавця, які не були членами його сім'ї (ч. 2 ст. 1265 ЦК України); врахування інтересів дитини спадкодавця, зачатой за життя спадкодавця та народженої після його смерті (ст. 1261 ЦК України, ч. 2 ст. 1298 ЦК України); можливість зміни черговості одержання права на спадкування в судовому порядку шляхом закликання до спадкування фізичної особи, яка є спадкоємцем за законом наступних черг за умови, що вона протягом тривалого часу опікувалася, матеріально забезпечувала, надавала іншу допомогу спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані (ч. 2 ст. 1259 ЦК України). Тобто в даному випадку йдеться про виконання спадковим правом функції соціальної справедливості, не властивої приватному праву.

По-друге, найбільш повно межі диспозитивного та імперативного проявляються у можливості вчинення правочинів у спадкових правовідносинах. Сфера спадкування характеризується обмеженою дією принципу свободи договору, що виявляється у можливості укладення суб'єктами відповідних правовідносин таких договорів, які визначені у Книзі 6 ЦК України, тобто йдеться про закритий (вичерпний) перелік таких договорів. Договори у сфері спадкування мають допоміжний, несамостійний характер. Укладаючи той чи інший договір, сторони не можуть змінити основну мету спадкового наступництва – забезпечення переходу прав та обов'язків від однієї особи (спадкодавця) до її правонаступників (спадкоємців). Відтак договори існують в межах такого переходу.

Крім того, не може бути змінений вид спадкування (за заповітом або за законом) за домовленістю учасників правовідносин. Більш того, можливість договірного регулювання допускається в окремих випадках в межах певних видових правовідносин. Скажімо, змінити черговість шляхом укладення договору між спадкоємцями можливо лише при спадкуванні за законом. Відтак цілком природно, що внутрішнє регулювання (саморегулювання) обмежене в даному випадку зовнішнім (імперативним) регулюванням.

При цьому у Книзі 6 ЦК України міститься чимало оціночних понять та категорій, що притаманно переважно диспозитивному регулюванню цивільних правовідносин. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 1232 ЦК України спадкоємці *зобов'язані відшкодувати розумні витрати*, які були зроблені одним із них або іншою особою на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця. Додамо до цього, що розмір обов'язкової частки у спадщині може бути зменшений судом з урахуванням відносин між цими спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин, які мають істотне значення (ч. 1 ст. 1241 ЦК України).

За змістом ч. 3 ст. 1298 ЦК України до закінчення строку на прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі), якщо це викликано обставинами, які мають істотне значення.

Список бібліографічних посилань:

1. Романюк Я. М. Правова природа диспозитивних норм цивільного права України. *Вісник Національної Академії правових наук України*. 2016. № 4. С. 138–151.
2. Карапетов А. Г., Савельєв А. И. Свобода договора и ее пределы. М.: Статут, 2012. Т. 2: Пределы определения условий договора в зарубежном и российском праве. 453 с.
3. Погрібний С. О. Імперативні та диспозитивні норми та їх роль в регулюванні цивільних відносин. *Університетські наукові записки*. 2010. № 2. С. 46–54.
4. Ковалева Ю. В. Імперативність в договорному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар, 2011. 25 с.
5. Карапетов А. Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права. *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*. 2009. № 11. С. 100–133.
6. Сібільов М. М. Про необхідність збереження основних концептуальних положень чинного Цивільного кодексу України. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2. С. 74–80.
7. Левушкин А. Н., Митрошина О. В. Место наследственного права в системе отраслей российского права. *Нотариус*. 2014. № 1. С. 29–32.

Одержано 14.04.2017

УДК 347.78(477)

Степан Йосипович Литвин,

доцент кафедри цивільного права і процесу юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»,
кандидат юридичних наук, доцент

ВІДКРИТА ЛІЦЕНЗІЯ ЯК ФОРМА РОЗПОРЯДЖЕННЯ АВТОРСЬКИМ ПРАВОМ НА ТВІР

Сучасне суспільство вступило в нову цифрову епоху, де вільний обмін інформацією та результатами інтелектуальної, творчої діяльності в мережі Інтернет стимулював розвиток нових комп'ютерних технологій. В основі цифрового обміну даними є інформаційні та комунікаційні технології. Завдяки їх постійному вдосконаленню та розвитку стають більш різноманітним і способи використання результатами інтелектуальної, творчої діяльності. Конвергенція апаратних пристроїв, схожих за своїми функціональними можливостями, а також активне поширення «хмарних технологій» призвело до підвищення рівня доступності та частоти використання мережі Інтернет в житті людини. Так, з легкістю можна читати книги, слухати і скачувати музику, дивитися фільми, грати в ігри, перебуваючи будь-де (в метро, вдома, в парку), користуючись різним технічними пристроями (планшетами, смартфонами).

Практика надання правоволодільцями можливості вільно використовувати авторські твори мережі Інтернет на підставі спеціального виду відкритої ліцензії давно відома за кордоном, і такі договори укладаються майже щохвилини. Питання правової регламентації відкритих ліцензій і впровадження зарубіжного аналога так званих відкритих ліцензій або Creative Commons (далі – CC) в українське законодавство піднімалися неодноразово.

Перші ліцензії CC з'явилися в 2001 р. і були розроблені однойменною громадською організацією Creative Commons. Суть ліцензій CC полягає в тому, що вони дозволяють авторам (правоволодільцям) довести до відома громадськості, від яких прав на свої твори вони відмовляються, а які права залишають за собою (some rights reserved), на відміну від стандартного підходу копірайту «всі права збережені» [1].

Ліцензії CC дозволено перекладати на інші мови, і це призвело до появи їх офіційних перекладів і адаптацій до законодавства інших країн. Ліцензії CC – група типових ліцензійних угод, за допомогою яких дозволяється використання твору (комп'ютерної програми) повними способами невизначеному колу осіб без обов'язкової виплати винагороди правоволодільцю, та без будь-яких обмежень за територією. 25.11.2013 CC ввела в дію нові міжнародні ліцензії версії 4.0 [2]. Ліцензування тепер поширюється й на sui generis права. Серед змін – краща підтримка анонімності, 30-денний строк для усунення порушень ліцензій, спрощені формулювання [3]. Загальні ознаки ліцензій групи CC такі:

- не вимагається підписання письмового договору між правоволодільцем і користувачем твору, а також будь-якої реєстрації. Початком використання твору за ліцензією CC є конклюдентна дія;

- ліцензії CC є незмінними типовими договорами, тексти яких розміщені на сайті creativecommons.org;

- ліцензії CC спрямовані на виникнення правовідносин щодо об'єктів авторського прав між правоволодільцем та широким колом осіб. Таким чином, можна віднести їх до невиключних ліцензій, які не виключають можливості використання ліцензіаром твору та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у визначеній сфері [4];

- ліцензії CC складаються з трьох рівнів: перший – юридичний текст ліцензії; другий – короткий виклад, зручний довідник для ліцензіарів і ліцензіатів, який узагальнює й виражає деякі найважливіші умови; третій рівень ліцензії створено для розпізнавання комп'ютерними програмами (від пошукових систем до офісних програм і засобів для редагування музики, що відіграють велику роль у створенні, копіюванні, вивченні й розповсюдженні творів).

Застосування відкритих ліцензій в Україні широко обговорюється фахівцями, при цьому відзначається значний попит на застосування інструменту ліцензій CC в Україні. Групою фахівців тексти ліцензій CC четвертої версії перекладені українською мовою [5]. Однак правовий аналіз ліцензій CC свідчить, що у тому вигляді, як вони наведені розробниками, вони не можуть безпосередньо використовуватися в Україні. Наразі основна причина неможливості застосування ліцензій відкритого доступу CC в Україні, так само, як і інших ліцензій вільного доступу, пов'язана з відсутністю в Україні можливості укладання ліцензійних договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в іншій формі, ніж письмова. Згідно з ч. 2 ст. 1107 ЦК України «у разі недодержання письмової форми договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності такий договір є нікчемним».

Проте ч. 1 ст. 639 ЦК наголошує на тому, що договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Та ч. 1 ст. 207 ЦК України визнає укладенням у письмовій формі правочин, якщо воля сторін виражена за допомогою електронного зв'язку, ст. 6 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» визнає обов'язковим реквізитом електронного документу електронний підпис, які є лише у дуже невеликій кількості правоволодільців, не кажучи вже про користувачів.

Отже незрозумілим є те, саме на якій правовій підставі користувач може використовувати, наприклад, операційну систему Linux, матеріали Вікіпедії, які в переважній

більшості надаються саме за ліцензією CC Attribution-Share Alike або найбільшого в світі архіву цифрових зображень Flickr, де в даний час міститься більше 146,5 мільйонів зображень, наданих авторами на умовах ліцензій CC.

До Верховної Ради України внесено два законопроекти, що мають врегулювати застосування ліцензій відкритого доступу: проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо авторського права та суміжних прав» (реєстраційний № 3692 від 22.12.2015) та проект, внесений Кабінетом Міністрів України (№ 4579 від 04.05.2016). Слід відзначити, неодноразові спроби раніше прийняти відповідне законодавство. Так, існує ряд законопроектів, де пропонувалося врегулювати зазначене питання [6; 7]. Однак використання цих об'єктів у вказаних законопроектах обмежувалось органами державної влади, органами місцевого самоврядування, державними установами, державними підприємствами та навчальними закладами державної й комунальної форми власності. У жодному з цих законопроектів так і не було визначено форму ліцензії. Законопроекти були покликані забезпечити можливість використання відкритих ліцензій, створюючи умови для розвитку повноцінного конкурентного середовища у сфері високих інформаційних технологій, яка нині є практично монополізованою. На превеликий жаль цей законопроект і по цей час опрацьовується в комітеті.

Єдиним державним органом, що намагається певним чином вирішити зазначену проблему є Державний Департамент інтелектуальної власності. Цей орган видав два рекомендаційних акти з проблематики використання відкритих (вільних) ліцензій: Рекомендації щодо застосування відкритих (вільних) ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав, та Рекомендації щодо забезпечення правомірності використання комп'ютерних програм вільного користування [8]. В даних документах Державний Департамент визначив основні поняття у сфері використання відкритих (вільних) ліцензій, та пропонує дати законодавче обґрунтування правомірності використання об'єктів права інтелектуальної власності, що розповсюджуються за відкритими (вільними) ліцензіями.

В час, коли в умовах тотального комп'ютерного піратства, українські користувачі мають можливість відкрито використовувати авторські твори, законодавець залишається сліпим до існуючої ситуації, і тисячі користувачів позбавлені такої можливості. В час, коли Google Inc. розробив вільну операційну систему для мобільних пристроїв Android, браузер Mozilla встановлений мільйонами користувачів по всьому світу, терабайти вільної музики відкриті до використання всіма можливими способами, Україна поки що знову залишається за межами зазначених відносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Хохлов Ю. Е. Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации. М., 2011. 94 с.
2. CC'sNextGenerationLicenses – WelcomeVersion 4.0! URL: <https://creativecommons.org/weblog/entry/40768> (дата звернення: 07.03.2017).
3. What'sNewin 4.0 – Creative Commons. URL: <http://creativecommons.org/Version4> (дата звернення: 07.03.2017).
4. Жилинкова О. Реалізація прав інтелектуальної власності в Інтернеті за допомогою ліцензій Creative commons. *Юридичний журнал*. 2011. № 2. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3634> (дата звернення: 07.03.2017).
5. Переклад ліцензій // Creative commons Ukraine: сайт. URL: <http://www.creativecommons.org.ua/translation> (дата звернення: 07.03.2017).
6. Проект Закону про використання Відкритих і Вільних форм інтелектуальної власності, Відкритих форматів даних та Відкритого (Вільного) програмного забезпечення в державних

установах і державному секторі економіки: від 01.12.2005 № 2065 // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=12883 (дата звернення: 07.03.2017).

7. Проект Закону про використання відкритого програмного забезпечення в органах державної влади та органах місцевого самоврядування: від 24.06.2009 № 4704 // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=35599 (дата звернення: 07.03.2017).

8. Авторське право і суміжні права // Державна служба інтелектуальної власності України: офіц. веб-сайт. URL: http://sips.gov.ua/ua/authors_rights.html (дата звернення: 07.03.2017).

Одержано 17.04.2017

УДК 347.453

Ольга Володимирівна Мороз,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4154-1826>

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ АКЦЕПТУ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ МАЙНА ДЕРЖАВНИХ ПІДПРИЄМСТВ

Акцепт – друга стадія укладення договору, яка виражається у виявленні згоди на укладення договору. Процедура дачі акцепту викладена в ст. 9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1].

Приступаючи до характеристики виявлення акцепту в орендних відносинах, слід зауважити, що акцепту передуює складний процес узгодження його можливості з відповідними органами, в якому дії орендодавця «ставляться законодавцем в залежність від того, яке саме окреме індивідуально визначене майно державного підприємства передається в оренду в якості її об'єкту» [2, с. 32]. Дане узгодження фактично є отриманням дозволу на укладення договору оренди і носить адміністративний характер.

Орендар надає орендодавцеві заяву про оренду цілісного майнового комплексу підприємства, його структурного підрозділу, нерухомого майна, а також майна, що не увійшло до статутного капіталу господарських товариств. За умови відсутності заборони на передачу майна в оренду, орендодавець протягом п'яти днів після дати реєстрації заяви, надсилає копії матеріалів органу, уповноваженому управляти відповідним майном.

У ряді випадків, передбачених ч. 2 ст. 9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1], орендодавець зобов'язаний також направляти копії вищезгаданих документів в орган Антимонопольного комітету України. Це необхідно у випадках, коли орендар або вже займає, або в результаті здійснення відповідних дій має реальну можливість зайняти монополію становити на ринку.

Законом України «Про оренду державного та комунального майна» [1] визначений термін, впродовж якого орган уповноважений управляти відповідним майном, що знаходиться в державній власності, розглядають подані їм копії документів і направляють орендодавцеві висновок (дозвіл або відмову) про можливість оренди і умови договору оренди. Цей термін складає п'ятнадцять днів з моменту надходження відповідних доку-

ментів до вказаних суб'єктів. Законом також встановлюється, що у випадку якщо орендодавець не отримав у встановлений строк дозволу, відмови чи пропозицій від органу, уповноваженого управляти відповідним майном, висновків органу Антимонопольного комітету України, укладення договору оренди вважається з цими органами погодженим. Тобто, відсутність висновків від відповідних органів розглядається Законом України «Про оренду державного та комунального майна» [1], як їх згода на укладення договору оренди.

У зв'язку з цим виникає питання, як бути у тому разі, якщо, наприклад, орган Антимонопольного комітету України не надіслав свого висновку, а орендар в результаті укладення договору оренди зайняв монопольне положення на ринку певного товару, або посилив таке.

На нашу думку, в цьому випадку договір оренди не може бути визнаний недійсним, оскільки, попри те, що отримання орендодавцем від відповідних органів дозволу на укладення договору оренди носить характер адміністративний, воно все ж викликає певною мірою наслідки цивільно-правового характеру. Тому й неотримання від відповідних органів дозволу на укладення договору оренди можна розцінювати, як мовчання, яке в цивільному праві розглядається, як знак згоди. Ця позиція обумовлена не лише загальними засадами цивільного законодавства, але і Законом України «Про оренду державного та комунального майна» [1], який, як ми вже говорили, вказує на те, що в цьому випадку укладення договору оренди вважається з цими органами погодженим.

Після закінчення терміну узгодження умов договору оренди з органом, уповноваженим управляти відповідним майном і органом Антимонопольного комітету України, орендодавець впродовж п'яти днів дає згоду або відмовляє в укладенні договору оренди і повідомляє про це заявника. У разі, якщо орендодавцем дана згода на укладення договору оренди, його необхідно розглядати як другу стадію укладення договору (акцепт). Безумовно, подібна згода повинна бути виражена у письмовому вигляді.

Відповідно ч. 4 ст. 9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1], орендодавець протягом п'яти днів після погодження умов договору оренди з органом, уповноваженим управляти відповідним майном та органом Антимонопольного комітету України, а в разі якщо заява про оренду майна не потребує узгодження (щодо оренди окремого індивідуально визначеного майна, крім нерухомого), протягом 15 днів після дати її реєстрації розміщує в офіційних друкованих засобах масової інформації та на веб-сайтах орендодавців оголошення про намір передати майно в оренду або відмовляє в укладенні договору оренди і повідомляє про це заявника. Протягом 10 робочих днів після розміщення оголошення в офіційних друкованих засобах масової інформації та на веб-сайтах, орендодавець приймає заяви про оренду відповідного майна.

За результатами вивчення попиту на об'єкт оренди, протягом трьох робочих днів після закінчення строку прийняття заяв, орендодавець ухвалює рішення. Конкурс на право оренди не проводиться, якщо подано лише одну заяву. У такому випадку договір оренди укладається із заявником. При надходження двох і більше заяв орендодавець оголошує конкурс на право оренди.

При розгляді матеріалів про передачу в оренду нерухомого майна, Фонд державного майна України, його регіональні відділення враховують пропозиції центральних та місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування стосовно розміщення бюджетних установ.

Вважаємо, що при конкуренції публічних і приватних інтересів перевагу необхідно віддавати першим. Необхідно підкреслити, що йдеться тільки про установи, організації некомерційні, діяльність яких фінансується з бюджету. На державні ж підприємства, що бажають виступити орендарем відносно нерухомого майна, подібні переваги при укладенні договору оренди не поширюються, оскільки вони є комерційними юридичними особами, і фінансуються за рахунок доходів, отриманих від власної господарської діяльності [3, с. 192].

Акцепт набуває юридичну силу тільки у тому випадку, якщо він повний, тобто виражає схвалення тому, що вказано в оферті, і безумовний, тобто не містить ніяких додаткових умов. Відповідь на інших умовах, ніж ті, які, які містяться в оферті, не може бути акцептом. Ця відповідь є зустрічною офертою. Тому, у тому випадку, якщо орендодавець виражає акцепт, він може обмежитися лише письмовою згодою на укладення договору. Якщо ж орендодавець вважає, що укладення договору можливе на інших умовах, він повинен надати особі, що звернулася з ініціативою, свій проект договору оренди, вже погоджений з органом, уповноваженим управляти відповідним майном і Антимонопольним комітетом України, якщо це необхідно. Необхідно сказати, що ця оферта повинна містити вказівки на усі істотні умови договору оренди, у тому числі й ті, які заявник включив в проект договору в якості істотних, але які, проте, не включені в перелік істотних умов, наведений в ч. 1 ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1]. На думку М.І. Брагинського, «відповідь на оферту, в якій виключена хоч б одна з істотних умов, не може розглядатися як зустрічна оферта. Така відповідь є відмовою від укладення запропонованого оферентом договору і запрошенням до укладення іншого договору» [4, с. 162]. У тому випадку, якщо сторони не можуть дійти єдиної думки стосовно істотних умов договору оренди, вони мають право звернутися з позовом до суду, господарського суду. У цьому випадку, згідно ч. 2 ст. 12 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [1], договір оренди вважатиметься укладеним на умовах, вказаних у рішенні суду. Проте, на нашу думку, заявник може й відмовитися від укладення договору оренди взагалі, тобто залишити без відповіді або не прийняти оферту орендодавця.

Отже, дослідження акцепту при укладенні договору оренди майна державних підприємств та його юридичне оформлення, має важливе науково-практичне значення, оскільки відсутність у законодавстві деяких положень перешкоджає можливості належно-го захисту прав сторін.

Список бібліографічних посилань:

1. Про оренду державного та комунального майна: закон України від 14.03.1995 № 98/95-ВР // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-12> (дата звернення: 14.04.2017).
2. Спасибо И. В. Научно-практический комментарий Закона Украины «Об аренде государственного имущества». Харьков: Консум, 1997. 95 с.
3. Мороз М. В., Мороз О. В. Особливості акцепту при укладенні договору оренди майна державного підприємства. *Форум права*. 2015. № 4. С. 190–195. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2015_4_35.pdf.
4. Брагинский М. И. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997. 681 с.

Одержано 03.05.2017

УДК 347.12

Олег Олексійович Первомайський,

доцент кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

старший науковий співробітник відділу приватного права

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,

кандидат юридичних наук

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗДІЙСНЕННЯ ТА ВІДМОВУ ВІД СУБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Згідно традиційних уявлень про поняття здійснення права під ним розуміється одна з форм реалізації права при якій суб'єкт використовує можливості, що надані йому юридичними нормами. Іншими формами реалізації права, що стосуються дій або бездіяльності самого учасника цивільних відносин, визнаються *дотримання та виконання*.

В дискусії стосовно різних форм реалізації права принципово важливим є питання визначення аспекту (суб'єктивного чи об'єктивного) подібного роду діяльності, оскільки важливим є встановлення вихідного судження стосовного того чи йдеться про здійснення особою належного їй суб'єктивного цивільного права, чи мається на увазі одна з форм реалізації норми права, що в значній кількості випадків пов'язане для конкретного суб'єкта не з використанням наданих йому юридичних можливостей, а з виконанням чи дотриманням ним певного суб'єктивного обов'язку.

Порівнюючи зміст понять суб'єктивного цивільного права та його здійснення слід підтримати висловлену у фаховій літературі думку стосовно того, що цінність та сенс будь-якого суб'єктивного цивільного права полягає не в самому його існуванні, а можливості здійснення цього права. Тобто, набуте учасником цивільних відносин суб'єктивне цивільне право обов'язково має бути потенційно здійсненим, оскільки в протилежному випадку руйнується зміст суб'єктивного права як можливої поведінки суб'єкта якому це право належить.

З врахуванням чого, одним з основних завдань з удосконалення вітчизняного цивільного та іншого законодавства й практики його застосування, пов'язане зі створенням ефективного правового механізму регулювання відносин зі здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав учасників цивільних відносин.

Легальним підґрунтям в розумінні поняття здійснення суб'єктивного цивільного права є, в першу чергу, положення ст. 12 ЦК України та додатково норми ст. 13 цього ж закону, що, визначаючи межі здійснення цих прав, так чи інакше впливають й на тлумачення поняття здійснення права. Водночас, коли йдеться, наприклад, про здійснення такого суб'єктивного права як право власності то додатковим легальним підґрунтям в його розумінні, безперечно, будуть положення ст. 319, 320 ЦК та ст. 358, 369 ЦК якщо йдеться про регулювання відносин спільної власності.

Аналізуючи поняття здійснення права, фахівці виокремлюють різні форми поведінки володільців відповідних прав, стверджуючи, що здійснення суб'єктивного цивільного права може полягати як у вчиненні активних дій, так і в пасивних діях володільця прав. Останнє твердження, на наше переконання, потребує певного уточнення, оскільки пасивна поведінка суб'єкта може бути кваліфікована як *нездійснення* особою свого цивільного права. Тобто, твердження про можливість пасивного нездійснення особою свого права, потребує щонайменше додаткових пояснень в аспекті положень ч. 2 ст. 12 ЦК України.

При цьому принципово важливим є проведення розмежування, з одного боку – між пасивною поведінкою суб'єкта, що, як зазначено вище, може бути кваліфіковано як нездійснення особою своїх цивільних прав, з іншого – відмовою від суб'єктивного права (ч. 3 ст. 12 ЦК України).

Розуміння та тлумачення змісту поняття «відмова від права» тісно пов'язане з поняттями здійснення та нездійснення права, основні сутнісні ознаки яких зафіксовані в ч. 1, 2 ст. 12 ЦК України.

Власне, співвідношення понять «здійснення – нездійснення права» є черговим прикладом дихотомічного поділу будь-якого явища, що в повній мірі характеризує потенційно можливі варіанти поведінки особи, яка має право. З одного боку, така особа має змогу здійснити наявне в неї право в будь-який спосіб (формі тощо). З іншого боку, ця ж особа може й не здійснювати своє право, що відповідає сутності суб'єктивного права як міри можливої, а не обов'язкової поведінки.

Вважаємо, що відмова від права є одним з способів (форм) здійснення суб'єктивного цивільного права. Навпаки, стверджувати про те, що особа може здійснити відмову від права шляхом його (права) нездійснення досить проблематично, оскільки в таких ситуаціях йдеться радше про відмову не від права, а від його здійснення, що, звісно, не тотожно одне одному, так як нездійснення особою свого права, за загальним правилом, не припиняє суб'єктивного цивільного права (ч. 2 ст. 12 ЦК України) в той час як відмова від права має наслідком припинення самого права.

Слід відзначити, що ч. 3 ст. 12 ЦК України, встановлюючи загальні засади відмови від права як окремого способу (форми) здійснення суб'єктивного цивільного права, вказує на існування особливостей здійснення цього права в залежності від виду об'єкта (транспортні засоби, тварини тощо). Загалом аналогічні положення щодо наявності певних особливостей для відмови від права власності містить й ст. 347 ЦК України.

Однак, вказівка на існування особливостей для відмови від певних прав в залежності від об'єкта, безперечно є недостатньою в розумінні такого роду особливостей. З огляду на положення чинного законодавства та доктрину цивільного права можна стверджувати про існування й інших особливостей в здійсненні особою відмови від права, у т.ч. відмови від права власності тощо.

По-перше, згідно ч. 3 ст. 12 ЦК України можлива відмова лише від майнового права, в той час як стосовно немайнового права можливо вести мову лише про його нездійснення. По-друге, чинне законодавство закріплює неможливість відмови від окремих прав, найбільш відомим підтвердженням чого є юридична нікчемність відмови від права на судовий захист (звернення до суду). По-третє, особа, має змогу відмовитися від належних їй прав, й не може це здійснити, за загальним правилом, за іншу особу, яка повинна мати можливість вільно та на власний розсуд здійснювати належне їй суб'єктивне право, у тому числі, у такий спосіб як відмова від цього права. Нарешті, по-четверте, особа має право відмовитися від наявного в неї права. Необхідність наявності в особи права, як передумова для відмови від нього, обумовлює також те, що особа не може відмовитися від права без вказівки на його зміст, що в достатній мірі ідентифікує це право. Інакше, виникне ситуація, коли особа фактично буде відмовлятися не від конкретного права, а від самої можливості мати суб'єктивні цивільні права, що може бути визнано як правочин, що обмежує цивільну правоздатність.

Таким чином, є достатні підстави для ствердження про те, що вчинення особою такої дії як відмова від права обумовлено рядом особливостей (умов та обмежень).

Підсумовуючи наведене, можна дійти висновку про те, що поняття «відмова від права» може бути визнане одним зі способів (форм) «здійснення права», що має своїм наслідком припинення існування права в певної особи, однак на відміну від поняття «передання права» (ч. 4 ст. 12 ЦК України), оскільки це явище та поняття не пов'язані з одночасним виникнення такого ж права в іншого суб'єкта – правонаступника.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.65

Олег Петрович Печений,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИРОДУ ПРИЙНЯТТЯ СПАДЩИНИ ТА ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ЇЇ ВІДКРИТТЯ

Відкриття спадщини – це юридичний факт, що спричиняє динаміку спадкових правовідносин, як щодо спадкування за заповітом законом, так і за законом. В теорії спадкового права підкреслюється, що з відкриттям спадщини починається такий етап розвитку спадкового правовідношення, коли у всіх спадкоємців, які закликаються до спадкування, незалежно від їх волі виникає право на прийняття спадщини або ж відмову від її прийняття. Спадщина приймається шляхом подання спадкоємцями заяви нотаріусу про її прийняття. Подання такої заяви визнається законодавцем як загальний спосіб прийняття спадщини. За юридичною природою прийняття спадщини цим способом кваліфікується як односторонній правочин, у якому реалізується спадкове правовідношення. Можна сказати, що за загальним правилом спадщина приймається шляхом одностороннього правочину спадкоємця. Це саме стосується і відмови від прийняття спадщини. За юридичною природою відмова від спадщини – це односторонній розпорядчий правочин, спрямований на здійснення спадкових прав. Законодавство визначає чіткі вимоги щодо змісту цього правочину, вказуючи на його безумовний та беззастережний характер.

Подання заяви не єдиний спосіб прийняття спадщини, оскільки відповідно до ч. 3, 4 ст. 1268 ЦК певне коло спадкоємців визнаються такими, що прийняли спадщину (особи які проживали із спадкодавцем на час її відкриття, малолітні, неповнолітні, недієздатні та обмежено дієздатні особи). І тут виникає питання про правову природу прийняття спадщини у такий спосіб, зокрема у випадку спільного проживання із спадкодавцем на момент відкриття спадщини. Виходячи з того, що конструкція норми ч. 2 ст. 1268 ЦК визнає за певних обставин спадкоємця таким, що прийняв спадщину, можна визначити цей спосіб прийняття спадщини як *правову презумпцію* прийняття спадщини.

Зазначена презумпція є спростовною і певною мірою співвідноситься із закріпленою в цивільному законодавстві юридичною фікцією (ч. 5 ст. 1268 ЦК), в силу якої спадщина *вважається* такою, що належить спадкоємцеві з часу відкриття, незалежно від того, коли він її прийняв.

Прийняття спадщини пов'язане із часом і місцем її відкриття.

За загальним правилом, що міститься в ч. 1 ст. 1221 ЦК України, місцем відкриття спадщини є *останнє місце проживання* спадкодавця, визначене відповідно до ст. 29 ЦК України.

Донедавна місцем проживання фізичної особи визначалися як житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово. Однак Законом України від 02.09.2014 № 1673-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо переведення садових і дачних будинків у жилі будинки та реєстрації в них місця проживання», у ч. 1 ст. 29 ЦК України внесені зміни, за якими місцем проживання фізичної особи визначено житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово. Зміни внесено також у ст. 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»: місце проживання визначено як житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, в якому особа проживає постійно або тимчасово. Слід очікувати, що місце проживання, а отже і місце відкриття спадщини, може пов'язуватись також з садовими і дачними будинками, що в установленому порядку переведені у жилі будинки.

Законом України від 12.02.2015 № 189-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення реалізації права на спадкування», у зв'язку із військово-політичними подіями, анексією та тимчасовою окупацією частини території України загальний підхід стосовно місця відкриття спадщини змінено і передбачено, що в особливих випадках місце відкриття спадщини встановлюється законом.

Спеціальними правилами визначення місця відкриття спадщини є ст. 9¹ Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» та ст. 11¹ Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України». Цими нормами передбачено визначення місця відкриття спадщини за іншими правилами, за принципом «першої поданої заяви». Це означає, що у разі якщо останнім місцем проживання спадкодавця є тимчасово окупована територія або населений пункт, на території якого органи державної влади тимчасово не здійснюють або здійснюють не в повному обсязі свої повноваження, місцем відкриття спадщини є місце подання першої заяви, що свідчить про волевиявлення щодо спадкового майна, спадкоємців, виконавців заповіту, осіб, заінтересованих в охороні спадкового майна, або вимоги кредиторів. Тобто за наявності визначених умов місцем відкриття спадщини є будь-яке місце на території України, де в установленому порядку подана заява, яку законодавець узагальнено називає заявами, що свідчать про волевиявлення щодо спадкового майна. До таких слід відносити заяви (повідомлення, телеграми) про прийняття спадщини, про відмову від прийняття спадщини, заяви про відкликання заяви про прийняття спадщини або про відмову від спадщини, заяви про видачу свідоцтва про право на спадщину, заяви спадкоємця на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі), заяви про видачу свідоцтва виконавцю заповіту, заяви виконавця заповіту про відмову від здійснення своїх повноважень, заяви другого з подружжя про видачу свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя у разі смерті одного з подружжя, заяви про вжиття заходів до охорони спадкового майна, претензії кредиторів (підп. 2.1 п. 2 глави 10 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5). Наразі сформувалася певна практика визначення місця відкриття спадщини за принципом «першої поданої заяви», з'явилися певні прогалини у застосуванні цих норм. Зокрема, непоодинокі випадки, коли спадщина відкрилася на території окремих районів Донецької та Луганської областей і була прийнята спадкоємцями шляхом подання нотаріусам заяв про прийняття спадщини, наприклад не так давно, ще у 2014 р., але оформити свої спадкові права і отримати свідоцтва про право на спадщину спадкоємці вже не

встигли. Відповідно до зазначених норм спадкоємці не можуть ні оформити спадкові права у нотаріальному порядку в інших регіонах України, ні оскаржити до суду відмову у вчиненні відповідної нотаріальної дії. Відповідно, спадкоємців, які прийняли спадщину, але не оформили спадкових прав зазначені норми ніяк не захищають, тому доцільно врахувати це при подальших змінах зазначених законодавчих актів.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.1

Олена Вікторівна Піхурець,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7512-951X>

ПРОБЛЕМИ ВИКОРИСТАННЯ «СИРІТСЬКИХ ТВОРІВ»

Розвиток новітніх цифрових технологій значно спростило розповсюдження авторських творів у цифровій формі, оцифрування культурної спадщини та надання легкого доступу до творів за допомогою мережі Інтернет. Простота копіювання і передачі інформації, анонімність учасників в інформаційному обміні в мережі Інтернет поставили надзвичайно складні питання перед юридичною наукою, законотворчою та судовою практикою, пов'язаних з використанням творів в мережі Інтернет, істотно відстає від рівня розвитку цифрових і комп'ютерно-мережевих технологій на сучасному етапі.

Сучасні нормативно-правові акти, які прямо або опосередковано стосуються авторського права, не в повній мірі регулюють відносини в цій сфері, та не відповідають потребам сьогодення. І, як наслідок, не можуть відповідним чином захистити як права автора, так і інтереси суспільства. Основними принципами авторського-правової охорони творів і відповідно їх використання, є: виключна можливість правоволодільця на свій розсуд дозволити або заборонити іншим особам використовувати власний твір; відсутність заборони не є згодою (дозволом) правоволодільця на використання твору; використання авторського твору без згоди (дозволу) правоволодільця є неправомірним. В той же час, інформаційне суспільство пред'являє до законодавства про авторське право нові вимоги. Вільна публікація контенту в мережі Інтернет в десятки раз збільшує кількість творів, щодо яких неможливо або реально не можливо встановити авторство. В результаті можливості користувачів мережі Інтернет з розміщення результатів творчої діяльності та обміну ними вступають в протиріччя з існуючими законодавчими вимогами. Дедалі очевиднішою стає необхідність розвитку нових підходів, що забезпечать знаходження розумного балансу інтересів між правоволодільцями, користувачами та особами, які отримують доступ до творів, розміщених на мережних ресурсах.

Фактично такі твори є сирітськими. Вільний доступ до більшості творів в мережі Інтернет, поширення «піратського» копіювання творів з ліцензованим доступом, а також поширеність пірингових мереж і торрент-трекерів відіграють у цьому процесі не останню роль. І як, наслідок твори, авторів, спадкоємців або правоволодільців яких фізично неможливо знайти, а значить і немає можливості прийняти однозначне рішення про правомірність

використання, перейшли в суспільне надбання. Значна кількість таких творів знаходиться в свого роду «сірій зоні». Без дозволу автора використовувати твір не можна, а за відсутності автора такого дозволу отримати неможливо. За різними оцінками до 75 % фондів відомих світових бібліотек – саме такі «сіріські» твори.

Сиріські твори – це авторські роботи (книги, фотографії, фільми, музика тощо), щодо яких не може бути встановлений правоволоділець, або нема можливості його віднайти. При цьому, щодо таких творів імовірно не сплинув термін дії авторського права, вони підпадають під авторсько-правову охорону.

Правове протиріччя полягає в тому, що сиріські твори технічно неможливо використовувати на законних підставах. Особа, яка використовує сиріський твір без згоди володільца авторських прав, йде на ризик, пов'язаний з його ймовірною появою і зверненням до суду за фактом порушення авторських прав (з усіма наслідками, що випливають). Однак подібний сценарій перешкоджає доступу користувачів до мільйонів творів, які могли б використовуватися в наукових дослідженнях, освітніх програмах, документальних фільмах тощо. Саме тому пошук оптимальної і справедливої з точки зору всіх зацікавлених сторін стратегії в вирішенні зазначеного проблемного питання є однією з гострих завдань сучасної науки цивільного права.

Основними чинниками, що сприяють появі сиріських творів є втрата інформації про автора не з волі самого автора. Так, твір був випущений давно і існує в єдиному екземплярі, а інформація про автора зникла в зв'язку з пошкодженням чи неправильним зберіганням. Або твір скопійовано (повністю чи частково) без вказівки автора, а оригінал втрачено. Не секрет, що вартість пошуку правоволодільца може бути значною. Оскільки потенційні користувачі розсіяні по всьому світу, пошук правоволоділців, наприклад, в Індії, Європі або Південній Америці може виявитися складною справою.

Відсутність в авторському праві формальних процедур щодо виникнення прав на твір, також сприяє виникненню проблеми сиріських творів. Бернська конвенція 1886 року та Міжнародний договір з авторського права, забороняє будь-які формальності для виникнення і використання авторського права. Відсутність формальностей означає, що автор не повинен реєструвати або формально сповіщати будь-кого про власне авторство. Захист автоматично виникає в момент, коли твір «зафіксовано» в тій чи іншій об'єктивній формі достатній для сприйняття. Все це означає, що тягар пошуку правоволоділця повністю лежить на споживачеві даного результату інтелектуальної, творчої діяльності. Оскільки не існує формального або централізованого способу перевірки прав на володіння, пошук може виявитися неможливим, особливо щодо міжнародних творів. Цей фактор може відлякати користувачів – таких, як бібліотеки, в забезпеченні широкої доступності творів для публіки, а для авторів виявитися суттєвою перешкодою для включення такого твору в власну роботу, наприклад, включення фотографії в нову книгу або уривків зі старих фільмів в документальну стрічку.

Ще одним чинником можна вважати безвідповідальне відношення авторів до своїх прав. Байдужість, що проявляється авторами до результатів своєї праці, має негативні наслідки для користувачів і вільного, правомірного обігу результатів інтелектуальної, творчої діяльності в цілому. Користувач піддається надмірному ризику стати правопорушником, якщо не вживе заходів для пошуку автора, однак автору захист власних прав може бути нецікавий. А такі установи, як бібліотеки, не можуть їх використовувати, – навіть якщо вони готові платити за користування. У багатьох випадках ці твори можуть бути забуті, оскільки не приносять правоволодільцю жодного доходу.

Наступним чинником появи сирітських творів є той випадок, коли твір є результатом творчої праці значної кількості авторів, які не знають один про одного. Так, автори незалежно один від одного копіюють чужі твори повністю або частково, змінюють їх форму і зміст на свій розсуд, поєднують їх один з одним, отримуючи новий твір. В такому випадку важко не тільки дізнатися ім'я або псевдонім всіх авторів, але навіть встановити чіткі критерії авторства.

Також сприяє виникненню проблеми «сирітських творів» і занадто довгий строк охорони авторських прав (70 років) з постійним його подовженням. Інколи навіть через 10 років після смерті автора є проблемою знайти його спадкоємців, не кажучи вже про те, щоб можна було в розумний час встановити правоволодільців творів авторів, які померли 50–60 років тому. Якщо вже права живих і відомих авторів часто неможливо захистити, то що сказати про права тих, хто невідомий або помер, не залишивши спадкоємців або спадкоємці невідомі? В результаті матеріальні екземпляри таких творів є обмежено доступними тільки в книгосховищах великих бібліотек (музеїв), тобто фактично поза доступом для видавців і більшості потенційних користувачів, за рамками можливості надання доступу до цієї інформації через мережу Інтернет, причому навіть їх масова оцифровка, нічого не змінює з точки зору їх реальної недоступності.

Розробка схеми легального використання творів-сиріт є однією з пріоритетних завдань урядів країн ЄС в сфері права інтелектуальної власності. У 2013 році Великобританія стала першою державою світу, де дозволили комерційне та некомерційне використання сирітських творів за умови сумлінного проведення заходів щодо встановлення правоволодільця і виплати ліцензійного збору (згідно Enterprise and Regulatory Reform Act 2013)[1].

Пошук оптимальної і справедливої з точки зору всіх зацікавлених сторін стратегії використання сирітських творів триває вже не перший рік. Найбільш значущим документом останнього часу стала схвалена Європарламентом Директива 2012/28/EU щодо деяких випадків можливого використання сирітських творів [2]. Згідно з Директивою, право поширення сирітських творів мають виключно некомерційні культурні заклади, тобто музеї, архіви, бібліотеки, після спроби знайти володільця майнових авторських прав. Доступ при цьому може здійснюватися лише в електронній формі. Директива задає межі і принципи для розробки і прийняття законів окремими країнами-членами Євросоюзу.

Ключові пункти директиви – (1) процедура належного і ретельного пошуку правоволодільців, проходження якої обов'язково для отримання дозволу на використання твору, визнаного за результатами пошуку сирітським, і (2) обмеження використання таких творів культурними інститутами (бібліотеками, музеями тощо) і некомерційною культурною індустрією. Звісно ж, що такі принципи формування легального поля для використання сирітських творів серйозно обмежать корисність і значимість цієї ініціативи. А саме, масштабна оцифровка колекцій заснованих в Євросоюзі бібліотек, музеїв, архівів, освітніх установ, кінофондів і організацій суспільного мовлення, здійснюватиметься з метою створення цифрових бібліотек, сприяє збереженню та поширенню культурної спадщини європейських країн.

У наслідок чого буде забезпечено вільний доступ громадян ЄС до знань та інновацій, що є одним з пріоритетних напрямків програми «Європа 2020: стратегія інтелектуального, стійкого і всеосяжного зростання». Директивою 2012/28/EU створюється правова основа для легалізації і спрощення оцифровки і поширення сирітських творів. Також у Директиві 2012/28/EU уніфіковано процедури з визнання сирітського твору в різних країнах-членах що надасть можливість транскордонного доступу до контенту для всіх жителів

ЄС, а також дозволить чітко визначити випадки дозволеного використання сирітських творів на внутрішньому ринку Європи. Прийняття даної Директиви 2012/28/EU є важливим кроком щодо недопущення появи творів-сиріт в майбутньому, оскільки встановлює чітку процедуру реєстрації авторських прав з впливають контролем за дотриманням авторських і суміжних прав. Створення масштабних цифрових бібліотек послужить стимулом для наукових досліджень і винахідницької діяльності, забезпечивши вчених ефективними цифровими засобами пошуку та дослідження замість традиційних аналогових інструментів тощо.

Національне українське законодавство у сфері авторського права не може розвиватись без визнання міжнародних стандартів, важливість яких зростає внаслідок виникнення нових технологій, що знищують будь-які національні кордони під час використання результатів творчості. Для досягнення цієї мети необхідно звернутися до законодавства і правозастосовної практики провідних країн світу, проаналізувати і адаптувати досвід відповідно до української правової дійсності, що неможливо зробити без участі і консультацій з представниками правоволодільців і потенційних користувачів, на права і обов'язки яких вплинуть відповідні зміни в законодавстві. При цьому, результатом комплексної роботи з регламентації правового режиму сирітських творів має з'явитися таке правове регулювання, яке б мінімізувало можливість зловживання правом і максимально відповідало інтересам як правоволодільців, так і користувачів, та суспільним інтересам в цілому.

Так, необхідно створити уніфіковані стандарти обліку (реєстр), оцифровки і легального використання подібної інформації, зокрема, сирітських творів. Слід прийняти нормативні документи, що регулюватимуть обіг сирітських творів в світлі останніх правових нововведень і розвитку науково-технічного прогресу. Потрібно визначити типи творів в законодавстві про сирітські твори та сформулювати категорії користувачів і варіанти використання контенту в законодавстві про твори-сироти.

Список бібліографічних посилань:

1. Impact assessment opinion: Orphan Works. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/347587/RPC11-BIS-1063_4_Orphan_works_IPO_-_consultation_stage__IA_-_opinion.pdf.
2. Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:EN:PDF>.

Одержано 18.04.2017

УДК 347.466

Ірина Йосипівна Пучковська,

доцент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4693-3127>

ЩОДО ЗАСТАВИ МАЙНОВИХ ПРАВ

Застава майнових прав є досить молодим видом застави, виникнення якого пов'язане з прийняттям Закону України «Про заставу» 1992 р. [1]. Після законодавчого

закріплення можливості використання майнових прав як предмета застави виникла значна кількість питань, які є актуальними і сьогодні.

Практика застосування норм українського законодавства щодо застави майнових прав та відсутність у вітчизняній науці цивільного права теоретичного обґрунтування застави майнових прав призводить до того, що досить часто має місце неоднозначний підхід не лише до тлумачення теоретичних аспектів застави майнових прав, а й до застосування правових норм, пов'язаних з цим видом застави. Ще десять років тому українськими науковцями зверталася увага на те, що оскільки не всі майнові права можуть заставлятися, то негативним фактором, що впливає, насамперед, на відповідну правозастосовну практику, є відсутність в українському законодавстві чітко окреслених систематизованих критеріїв щодо тих майнових прав, які можуть бути предметом застави [2, с. 1]. Не змінилася ситуація і сьогодні. В науковій літературі не вщухають спори щодо складу майнових прав, які можуть виступати предметом застави, що не в останню чергу обумовлене суперечностями та прогалинами вітчизняного законодавства як з питань застави майнових прав, так і поняття та видів майнових прав.

Перш за все слід сказати, що поняття майнового права діюче законодавство України не містить. На фоні відсутності законодавчого закріплення поняття майнового права Цивільний кодекс України [3] відносить майнові права до складу майна, визначаючи природу цих прав як речових. Так згідно ч. 2 ст. 190 ЦК «майнові права є неспоживною річчю. Майнові права визнаються **речовими правами**».

Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» майновими правами, які можуть оцінюватися, визначає **будь-які права, пов'язані з майном**, відмінні від права власності, **у тому числі** права, які є складовими частинами права власності (**права володіння, розпорядження, користування**), а також інші специфічні права (**права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо**) та **права вимоги** (ст. 3 Закону) [4].

Згідно з ч. 7 ст. 5 Закону України «Про іпотеку» [5] предметом іпотеки може бути право оренди чи користування нерухомим майном, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна. Право користування чужою земельною ділянкою для забудови (**суперфіцій**) та право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (**емфітевзис**), відносячись до речових прав на чуже майно, є правами майновими.

В Положенні Правління Національного банку України про валютний контроль майнові права визначені виключно як «**права вимоги** особи за зобов'язаннями, за якими вона є кредитором» (п. 1.4) [6].

В ст. 424 ЦК знайшли закріплення **майнові права інтелектуальної власності** як права на використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключного права дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключного права перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання.

Відповідно до положень законів України «Про іпотеку», «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» до майнових прав відносяться і права на нерухомість, що перебуває в процесі будівництва.

Відповідно в українському законодавстві в якості майнових прав закріплені як речові права, за винятком права власності, так і зобов'язальні права (права вимоги), майнові

права інтелектуальної власності тощо. Очевидно, що майнові права по відношенню до зобов'язальних, речових, прав інтелектуальної власності та інших виступають як родові поняття до видового. Тому більш коректним було б таке формулювання положень ч. 2 ст. 190 ЦК: «Речові права визнаються майновими правами».

Очевидно, що цивільна оборотоздатність певних майнових прав та можливість звернути на них стягнення, дозволяє розглядати **в якості предмета застави права вимоги, обмежені речові права, майнові права інтелектуальної власності** тощо. При цьому на практиці предмет переважної більшості договорів застави майнових прав складають права вимоги – т.т. права зобов'язальні. Останнє цілком зрозуміло, адже незважаючи на те, що в ст. 4 закону України «Про заставу» та ст. 576 ЦК предметом застави визначені майнові права без будь-яких обмежень, законодавчого врегулювання в розділі V закону України «Про заставу» «Застава майнових прав» в якості предмета застави зазначили лише **права вимоги** по зобов'язаннях.

Так згідно зі ст. 49 Закону України «Про заставу» заставодавець може укласти договір застави як належних йому на момент укладення договору прав вимоги по зобов'язаннях в яких він є кредитором, так і тих, що можуть виникнути в майбутньому.

Відповідно договір застави має передбачати особу, яка є боржником по відношенню до заставодавця, наприклад орендаря за договором оренди або покупця за договором поставки, право грошової вимоги до якої і складає предмет договору застави майнового права. Боржником заставодавця може бути і заставодержатель, наприклад за договором банківського вкладу. Застава грошових коштів на депозитних рахунках у банківських установах останнім часом активно застосовується суб'єктами цивільного обороту. Незважаючи на те, що гроші визначаються у ЦК України як різновид речей, коли мова йде про безготівкові гроші, то саме за правилами застави майнових прав може здійснюватися їх застава, оскільки предметом застави є право вимоги клієнта до банку повернути йому грошові кошти, що знаходяться на депозитному рахунку. Саме застава грошових коштів на депозитних рахунках у банківських установах виділяється українськими дослідниками в якості затребуваного на практиці, порівняно нового виду застави. При цьому недоцільно вважати різновидом застави майнових прав заставу дебіторської заборгованості, оскільки за своєю природою дебіторська заборгованість як економічна категорія у цивільно-правовому розумінні є лише сукупністю права грошових вимог.

Вимоги, які мають особистий характер, а також інші вимоги, застава яких заборонена законом, предметом застави виступати не можуть (ч. 5 ст. 576 ЦК). До таких вимог відносяться вимоги, які є невіддільними від особи, наприклад, право на отримання аліментів, на відшкодування шкоди, завданої здоров'ю. Особистий характер цих вимог не допускає їх відчуження чи звернення на них стягнення. Вони припиняються смертю особи.

Звернення стягнення на заставлені майнові права відбувається шляхом відступлення заставодавцем заставодержателю вимоги, що впливає із заставленого права. Відповідно до ст. 23 Закону України «Про заставу» заставодержатель набуває право вимагати в судовому порядку переведення на нього заставленого права в момент виникнення права звернення стягнення на предмет застави. З врахуванням положень ст. 20 ЗУ «Про заставу» та ст. 590 ЦК про звернення стягнення на предмет застави у позасудовому порядку за наявності домовленості сторін договору застави про це уступка заставодавцем заставодержателю вимоги, що впливає із заставленого права, може відбуватися і шляхом пред'явлення вимоги заставодержателя безпосередньо до заставодавця без звернення до суду.

Список бібліографічних посилань:

1. Про заставу: закон України від 02.10.1992 № 2654-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 47. Ст. 642.
2. Нижний С. В. Застава майнових прав як спосіб забезпечення виконання зобов'язань: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. 16 с.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
4. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: закон України від 12.07.2001 № 2658-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 47. Ст. 251.
5. Про іпотеку: закон України від 05.06.2003 № 898-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 38. Ст. 313.
6. Положення про валютний контроль: затв. постановою Правління Національного банку України від 08.02.2000 № 49. *Офіційний вісник України*. 2000. № 14. Ст. 573.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.637

Ольга Володимирівна Розгон,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6739-3927>

**ВІДІБРАННЯ ДИТИНИ БЕЗ ПОЗБАВЛЕННЯ
БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ НА ПІДСТАВІ УХИЛЕННЯ ВІД
ВИКОНАННЯ СВОЇХ ОБОВ'ЯЗКІВ ЧЕРЕЗ НЕСТВОРЕННЯ
НЕОБХІДНИХ ЖИТЛОВО-ПОБУТОВИХ УМОВ**

Виховання дітей є головним моральним і правовим обов'язком батьків. Від того, як батьки виконують свої обов'язки, повною мірою залежить увесь процес розвитку дитини, а відповідно, і її формування, становлення як особистості [1, с. 256].

Невиконання або неналежне виконання батьками своїх обов'язків із виховання дитини тягне за собою притягнення батьків до юридичної відповідальності, а саме застосування до винної особи санкцій сімейно-правової відповідальності [2, с. 44]. Самостійність сімейно-правової відповідальності як окремого виду юридичної відповідальності обстоє і В. Мироненко, яка підкреслює, що теоретичне існування та практичне застосування заходів сімейно-правової відповідальності до батьків за неналежне виконання обов'язків із виховання виявляється у вигляді позбавлення батьків батьківських прав і відібрання дитини без позбавлення батьківських прав [3].

У разі застосування такої сімейно-правової санкції, як відібрання дитини без позбавлення батьків батьківських прав немає необхідності чекати настання шкідливих наслідків (вони і так очевидні, знехтуване ставлення до дітей ніколи не приведе до позитивних наслідків). Саме застосування такої санкції спрямоване на відвернення тих негативних наслідків, що може потягти за собою протиправна поведінка батьків [4].

Відібрання дитини у батьків – це теж санкція за невиконання батьківських обов'язків, але більш м'яка, ніж позбавлення батьківських прав.

Якщо дитина відбирається в осіб, що замінюють батьків, то відбувається відсторонення опікуна (піклувальника) від виконання своїх обов'язків, розірвання договору про патронат, скасування усиновлення. Якщо відпадуть причини, які перешкоджали належному вихованню дитини її батьками, суд за заявою батьків може ухвалити рішення про повернення їм дитини (ч. 3 ст. 170 СК України).

Оскільки підставою для відібрання дитини є випадки, за яких залишення дитини у батьків є небезпечним для її життя, здоров'я і морального виховання, то повернення дитини можливе лише при усуненні зазначених обставин (батько і мати вилікувалися, змінили поведінку, змінили ставлення до дитини тощо). Довести це слід позивачу, оскільки кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень (ч. 1 ст. 60 ЦПК України). Позивачем за цими справами виступає особа, в якій була відібрана дитина. Саме їй належить довести, по-перше, факт зникнення обставин, що були підставою для відібрання дитини, а по-друге, доцільність повернення дитини до рідної сім'ї.

Відповідно виникають запитання: чи можна розглядати несплату комунальних послуг батьками як ухилення від виконання своїх обов'язків із виховання дитини та нестворення для неї нормальних умов життя? Чи виникає за ці дії юридична відповідальність і чи доцільно буде в інтересах дитини її відібрання без позбавлення батьківських прав батьків?

Наведемо такий приклад. За борги за комунальні послуги у Татарстані відбирають дітей від батьків та відправляють до притулку, коли вдома, де вони проживають, за борги не надають комунальні послуги шляхом відключення, наприклад, від мереж централізованого опалення та гарячого водопостачання житлових будинків. Голова міської ради доручив відділу опіки віднімати неповнолітніх дітей у батьків, які мають борги за житлово-комунальні послуги (далі – ЖКП), а дітей відправляти до притулку на термін до трьох місяців [5].

Чи законними є дії місцевої влади щодо відібрання дитини саме через заборгованість за ЖКП? З цього приводу маємо декілька зауважень:

1) за чинним українським законодавством батьки мають переважне право перед іншими особами на особисте виховання дитини і мають право залучати до виховання дитини інших осіб, передавати її на виховання фізичним та юридичним особам; мають право обирати форми і методи виховання. Батьки мають право на відібрання малолітньої дитини від особи, яка тримає її в себе не на підставі закону або рішення суду (ст. 163 СК України). Тимчасове передання батьками дитини стороннім особам або закладам, наприклад, до дитячих закладів, не звільняє батьків від обов'язку щодо виховання та розвитку дитини.

Тобто чи може бути дитина відібрана від батьків на підставі рішення місцевої влади? Вважаємо, що ні. Оскільки процедура має відбуватися за участі органу опіки та піклування та через рішення суду.

Отже, наскільки можливо розглядати несплату боргів як протиправну поведінку, наслідками якої є нестворення нормальних або достатніх умов для проживання дитини?

Обов'язок батьків, закріплений у ч. 1 ст. 150 СК України, має конституційне походження. До кола обов'язків батьків входить турбота про здоров'я, фізичний, психічний і моральний розвиток дитини (ч. 2 ст. 150 СК України). Коло обов'язків можна поділити на дві групи: одна має відношення до фізичного розвитку дитини, який залежить від харчування, навколишнього середовища, в якому перебуває дитина; інша стосується психічного, духовного, морального розвитку дитини і передбачає існування більш складних за своєю природою засобів і методів формування дитини як особистості.

Отже, не здійснення належним чином турботи про здоров'я співвідноситься із залишенням дитини в житлі без опалення може призвести до наслідків, які спричиняють погіршення здоров'я дитини. Але не можна зрівнювати усі випадки, оскільки слід урахувувати взагалі стан здоров'я дитини, строк, на який можуть бути відключені комунальні послуги, та сезон, зокрема, опалювальний чи ні.

Що стосується відповідальності за невиконання або неналежне виконання обов'язку щодо виховання та розвитку дитини, то за ч. 4 ст. 155 СК України ухилення батьків від виконання батьківських обов'язків є підставою для покладення на них відповідальності, встановленої законом. Але остання норма не уточнює, яку саме відповідальність нести-муть батьки у зв'язку з ухиленням від виконання батьківських обов'язків. Передбачається існування моральної та юридичної відповідальності, які закріплені в різних галузях права (сімейному, цивільному, адміністративному та кримінальному). В першому випадку відповідальність тягне за собою моральний осуд батьків, у другому – додаткові обтяження або покарання в установленому законом порядку. Під додатковим обтяженням маються на увазі несприятливі для порушника прав наслідки, які виходять за межі примусового виконання обов'язку [6].

Під час розв'язання спорів між батьками щодо визначення місця проживання дитини служба у справах дітей має захищати інтереси дитини з урахуванням рівних прав і обов'язків матері та батька щодо дитини. Працівник служби у справах дітей за місцем проживання дитини проводить бесіду з батьками та відвідує їх за місцем проживання.

Після обстеження житлово-побутових умов, проведення бесіди з батьками та дитиною служба у справах дітей складає висновок про визначення місця проживання дитини і подає його до органу опіки та піклування для прийняття відповідного рішення.

Відібрання дитини – це санкція як покарання. Але чи пропорційна вона неналежному виконанню батьківських прав при несплаті боргів за ЖКП? Або навпаки: чи свідчить відібрання дитини про гарантію захисту її прав і врахування її інтересів? Хоча коректніше використовувати термін «тимчасове передання батьками дитини стороннім особам або закладам, наприклад, до дитячих закладів, тобто до іншого місця проживання, де наявні житлово-побутові умови для дитини».

На наше переконання, слід спершу передавати дитину за офіційною процедурою (порядком, установленим законом) іншим родичам, наприклад на підставі ст. 161 СК України, а вже потім – до інтернатного закладу.

Також обов'язково мають бути захищені майнові права та інтереси дитини, особливо якщо вона є власником майна. Звідси впливає друге зауваження з окресленого прикладу: житлове приміщення щодо якого є борги за ЖКП, може належати і дитині.

Неналежне виконання батьками своїх обов'язків щодо управління майном дитини є підставою для покладення на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном. Відповідно, якщо батьки не сплачують житлово-комунальні послуги, то вони певним чином не дбають про збереження та використання майна дитини в її інтересах.

Передавання дитини родичам або органу опіки та піклування знімає проблему охорони майнових прав дитини, оскільки вона повністю покладається на плечі опікуна (піклувальника).

Крім того, як довго може тривати тимчасове переміщення дитини? Доки батьки не сплатять борги? Права дитини мають бути захищені й на тій підставі, що батьки мають надати місце проживання для дитини, наприклад, в інших родичів, як і у випадках, коли укладається договір купівлі-продажу квартири, але з обов'язковим наданням житлового приміщення для дитини.

Отже, видається доцільним зауважити, що обов'язки батьків учинити певні дії належним чином щодо охорони життя та здоров'я дітей пов'язані з обов'язком сплачувати борги за ЖКП.

Можна стверджувати, що у разі виникнення ситуації, коли не будуть створені житлово-побутові умови та, як наслідок, здоров'я дитини може погіршитися, суд з урахуванням її характеру та особи останніх, а також інших конкретних обставин може задовольнити позов про необхідність змінити ставлення до виховання дитини, покласти на органи опіки та піклування обов'язок здійснювати контроль за виконанням батьками своїх батьківських обов'язків. За наявності зазначених обставин суд також може на підставі акта обстеження житлово-побутових умов і клопотання голови районної, районної у м. Києві та м. Севастополі держадміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті ради про позбавлення таких батьків батьківських прав або відібрання дитини без позбавлення батьківських прав вирішити питання про зміну місця проживання дитини на строк, доки житлово-побутові умови не зміняться, та тимчасове переміщення дитини. Прийняття рішення у такому разі зумовлюється спробою найповніше врахувати інтереси дитини.

Список бібліографічних посилань:

1. Лапчевська О. Ф. Застосування до батьків санкцій сімейно-правової відповідальності: теоретичний аспект. *Держава і право*. 2013. Вип. 60. С. 256–262.
2. Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов: Высш. шк., 1985. 180 с.
3. Мироненко В. П. Відповідальність батьків за шкоду, заподіяну їхніми дітьми. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 1998. № 4. С. 23.
4. Ромовська З. В. Санкції в радянському сімейному праві // Проблеми соціалістичної законності. Харків, 1976. С. 115.
5. За задолженность по коммуналке будут отнимать детей // Судебно-юридическая онлайн газета. URL: <http://sud.ua/news/2017/01/16/99617-za-zadolzhennost-po-kommynalke-bydyt-otnimat-detej#.WHyCYQJPtZ8.twitter>.
6. Сімейний кодекс України: наук.-практ. комент./за ред. І. В. Жилінкової. Харків: Ксилон, 2008. 855 с.

Одержано 03.05.2017

УДК 347.451.2

Аріна Сергіївна Савченко,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3650-4289>

ЩОДО ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ФОРВАРДНИХ КОНТРАКТІВ НА БУДІВНИЦТВІ ЖИТЛА

Сфера деривативів надзвичайно складна та різноманітна, оскільки вони використовуються в таких важливих та потужних секторах економіки держави як: валютному та грошовому ринках, ринку боргових зобов'язань, ринку акцій; ринку товарно-сировинної продукції, енергетики, транспорту тощо. Деривативи лежать в основі більшості торгових

стратегій, і хоча, їм й присвячено велику кількість наукових матеріалів в сфері бізнесу, економіки та фінансів, галузь їх використання продовжує розширюватися та досягати нові горизонти, зокрема сферу будівництва житла.

Дериватив – це фінансовий контракт, який укладається між двома і більше сторонами, і який базується на майбутній вартості базового активу. Першочергово деривативи були пов'язані з такими товарами, як рис, пшениця та цибулини тюльпанів. Тому починаючи з кінця 30-х років XVII ст., коли Голландію та Англію захлиснула тюльпаноманія, на ринку з'являються форвардні контракти, які на сьогодні виступають одним із чотирьох основних видів деривативів та використовуються на ряду з ф'ючерсними та опціонними контрактами, а також свопами.

В міжнародній інвестиційній сфері форвардний контракт (*forward contract*) представляє собою операцію на ринку, під час якої одна сторона зобов'язується купити, а інша продати товар в установленний строк в майбутньому на узгоджених між ними умовах. Умови форвардних контрактів не стандартизовані, вони не можуть передаватися третій стороні та не можуть бути анульовані тільки за згодою іншої сторони, яка в більшості випадків має право на отримання компенсації та штрафу [1, с. 140].

Законодавство України визначає дериватив як стандартний документ, що засвідчує право та/або зобов'язання придбати або продати базовий актив на визначених ним умовах у майбутньому. Та зазначає, що різновидом деривативу є форвардний контракт. Під яким розуміється двостороння угода за стандартною (типовою) формою, яка засвідчує зобов'язання особи придбати (продати) базовий актив у визначений час та на визначених умовах у майбутньому, з фіксацією цін такого продажу під час укладення форвардного контракту [2].

Відповідно до ст. 14 Податкового кодексу України, форвардний контракт – це цивільно-правовий договір, за яким продавець зобов'язується у майбутньому в установленний строк передати базовий актив у власність покупця на визначених умовах, а покупець зобов'язується прийняти в установленний строк базовий актив і сплатити за нього ціну, визначену таким договором [3].

Етимологія терміну «базовий актив» в цьому контексті бере початок зі сфери бухгалтерського обліку, в якій термін «актив» є загальноживаним для будь-якого бухгалтера чи економіста і означає як сукупність, так і окремі види ресурсів: будівлі, устаткування, сировину, комплектуючі, цінні папери, продукти харчування, грошові кошти та ін. В свою чергу, активи володіють матеріальною цінністю: по-перше, їх можна продати і, по-друге, вони самі здатні створювати нову цінність – товари, послуги, прибуток [4].

У сфері торгівлі на фінансових ринках додається уточнення «базовий», яке підсилює важливість всього поняття в цілому. Як наслідок, під базовим активом (*Underlying asset*) – розуміється якийсь об'єкт, який використовується в якості приводу для укладання строкового контракту, і по відношенню до якого прописуються права та/або обов'язки сторін угоди.

Відповідно до п. 1 Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів, базовий актив – товари, цінні папери, кошти та їх характеристики, що є предметом виконання зобов'язань за деривативом [2]. Таким чином, базовий актив – це актив, на якому базується певний договір (контракт), і який виступає гарантією виконання умов договору, а його зміна чи втрата можуть стати причиною застосування санкцій до учасника договору, який порушив ті чи інші його положення.

Оскільки законодавство України обмежує допустимі механізми залучення коштів в проекти будівництва житла, передбачаючи можливість використання виключно інститутів спільного інвестування (венчурних фондів), фінансово-кредитних механізмів, а також договорів, передбачених ЦК України. То для будівельної сфери ринку нерухомості України є актуальним використання саме форвардних контрактів, які мають ряд переваг та особливості використання.

Зокрема, беручи до уваги те, що інститути спільного інвестування неможливо використовувати автономно без цінних паперів або інших фінансових інструментів. А також те, що при впровадженні механізмів фінансування будівництва завжди потрібно орієнтуватися на максимальний захист інтересів залучених інвесторів, то фінансування будівництва житла може проводитися із застосуванням найбільш ефективного фінансового механізму – форвардних контрактів на поставку житла (квартири чи сукупності майнових прав), що відповідає вимогам чинного законодавства України та принципам і підходам міжнародної практики з продажу нерухомості, що будується, враховуючи відстрочку в постачанні нерухомості.

Таким чином, *форвардний контракт* у будівництві – представляє собою двосторонню угоду, за якою одна сторона (продавець контракту) зобов'язується продати (поставити) квартиру (сукупність майнових прав на квартиру) іншій стороні (покупцю контракту) у визначений час та на визначених умовах в майбутньому, з фіксацією ціни такого продажу під час укладення форвардного контракту.

Умови форвардного контракту визначаються за згодою сторін та підлягають обов'язковому виконанню як продавцем, так і покупцем. Відповідно до п. 10 Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів, форвардний контракт повинен мати такі реквізити: 1) назва контракту; 2) сторони контракту; 3) базовий актив контракту та його характеристики (емітент, вид цінного паперу, його номінальна вартість, термін обігу, інші відомості для цінних паперів; вид валюти – для коштів; асортимент – для інших товарів); 4) кількість базового активу; 5) вартість контракту; 6) ціна виконання; 7) термін виконання; 8) порядок оплати придбаного (проданого) базового активу; 9) відповідальність сторін у разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язань, встановлених цим контрактом; 10) порядок розгляду спорів, що виникають під час укладення та виконання контракту; 11) адреси, підписи, печатки, реквізити банківських рахунків (для юридичних осіб) та паспортні дані (для фізичних осіб) сторін контракту.

В світовій практиці форвардні контракти є виключно позабіржовими, так як укладаються не на біржі, а також враховуючи те, що такого роду угода, як правило, направлена на поставку чи купівлю відповідного активу, і контрагенти узгоджують зручні для них умови, свідчить про форвардний контракт як про нестандартний. У зв'язку з чим вторинний ринок для нього занадто вузький або взагалі відсутній, оскільки важко знайти третю особу, інтересам якої б в точності відповідали умови форвардного контракту. Тому за своїми характеристиками форвардний контракт є ще й контрактом індивідуальним.

Однак, чинне законодавство України закріплює, що форвардні контракти на поставку житла укладаються за участі товарної біржі, яка не тільки забезпечує контроль за угодами, а й веде облік прав власності на форвардні контракти. Залучення провідної української біржі як організатора торгів дозволяє уникнути ризиків, пов'язаних з неправильним використанням форвардних контрактів, подвійними продажами, зловживаннями з боку замовника. Таким чином біржовий механізм продажів дозволяє збалансувати інтереси кожного з учасників угод.

При укладанні форвардного контракту сторони узгоджують ціну, на підставі якої буде виконана угода. Дана ціна іменується ціною поставки та залишається незмінною протягом всього часу дії форвардного контракту. У зв'язку з цим з'являється поняття форвардної ціни, яка зафіксована у форвардному контракті, який був укладений в певний момент. Таким чином сторони захищають себе від зростання ціни, або іншими словами здійснюють хеджування, основною метою якого є уникнення або зменшення рівня цінового ризику.

Отже, форвардний контракт у будівництві житла – це договір, який повинен бути в точності виконаний, на умовах, прописаних у договорі в момент укладання угоди. У договорі повинні бути чітко зафіксовані певні умови: зокрема, курс валюти, сума, яку покупець повинен сплатити забудовнику, термін виконання договору (завершення будівництва, введення в експлуатацію), технічна характеристика нерухомості (квартири). Будь-яка сторона форвардного контракту має право відмовитися від своїх зобов'язань за контрактом виключно за згодою іншої сторони контракту (або у випадках визначених законодавством України). Форвардні контракти в обов'язковому порядку реєструються на товарній біржі.

Список бібліографічних посилань:

1. Про затвердження Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів: постановою Кабінету Міністрів України від 19.04.1999 № 632. *Офіційний вісник України*. 1999. № 16. С. 56.
2. Инвестиции: Терминологический словарь. М.: Инфра-М, 1997. 400 с.
3. Податковий кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13. Ст. 112.
4. Что такое базовый актив? // Курсы и котировки. URL: <http://kurs-kotirovka.ru/invest/chto-takoe-bazovyy-aktiv/#ixzz4ezkNkl94>.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.462

Яна Михайлівна Садикова,

доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2841-8324>

МНОЖИННІСТЬ У ПРЕДСТАВНИЦТВІ

Еволюція суспільних відносин призводить до еволюціонування правопорядку. Такий процес логічно призводить до зміни та, хоча і не завжди, до ускладнення правових конструкцій, які урегульовують суспільні відносини. Таке твердження є справедливим щодо відносин в сфері представництва також. Однак правове регулювання має бути не лише «сучасним», але й водночас збалансованим. Правовідносини представництва мають складну суб'єктну структуру: відносини між особою, яку представляють, та представником; між представником та третіми особами; між особою, яку представляють, та третіми особами. Основною засадою пропонування внесення змін до законодавства щодо врегулювання представництва з огляду на розвиток суспільних відносин має стати збалансованість інтересів учасників таких відносин, задля недопущення крену в інтересах однієї із сторін, та відповідності правовим потребам сучасного правового поля.

Представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє (ст. 237 ЦК України). Однак, наприклад, в німецькій доктрині існує поняття «спільного представництва» або «колективного», якщо у вчиненні правочину від імені особи, яку представляють, беруть участь декілька з його представників, яким належить спільне (колективне) повноваження на вчинення цього правочину [1, с. 412].

Відповідно до Модельних правил європейського приватного права ("Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR)") в ст. II.-6:110 допустимою є множинність представників, кожен з яких наділяється правом діяти самостійно [2]. Взагалі множинність у відносинах представництва в тій чи іншій формі визнається і врегульована в переважній більшості європейських держав (Австрія, Німеччина, Італія, Іспанія, Франція).

ЦК України такої можливості не передбачає, а з огляду на формулювання визначення поняття «довіреність», то навіть і виключає можливість множинності як на стороні особи, яку представляють, та і на стороні представника [3, с. 252]. Натомість ст. 58 Закону України «Про нотаріат» прямо передбачає множинність довіритель: нотаріуси або посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, посвідчують доручення, складені від імені однієї або кількох осіб, на ім'я однієї особи або кількох осіб. Дійсно, прямої заборони, як такої, в цивільному законодавстві немає. Законодавець не встановлює заборону множинності осіб як на стороні особи, яку представляють, так і на стороні представника [3, с. 253]. І хоча реалізувати множинність непросто, однак припустимо. З огляду на це видається правильним вирішити низку питань, які логічно виникають з визнаної можливості участі кількох осіб на стороні особи, яку представляють, та на стороні представника. Серед них види множинності та їх види, передоручення при множинності, порядок спільного здійснення повноважень представників, відмова від повноважень одного з представника та ін.

Не беручись давати відповіді на всі окреслені питання, можна вказати на один з поділів представництва при множинності.

З огляду на нормативне визначення поняття представництва метою представництва є вчинення представником правочинів в інтересах особи, яку він представляє. Такий постулат традиційно покладається в основу внутрішніх відносин представництва. Зазначається, що ці відносини мають фідучіарний (особистий, довірчий) характер, що обумовлене тим, що особа, яку представляють, повинна довіряти представнику і бути впевненою, що при здійсненні представницьких повноважень він не порушить належні їй цивільні права й законні інтереси [4, с. 333].

Однак можна уявити собі ситуацію, коли довіритель з метою забезпечення своїх інтересів бажає уповноважити декілька осіб, які мали б діяти одночасно щодо вчинення одного правочину. І. В. Спасибо-Фатєєва приводить вдалий приклад необхідності множинності на стороні представника, у разі видачі довіреності на придбання будинку декільком особам, одна з яких – фахівець в галузі будівництва, інший – в праві [3, с. 252]. Застосовне до множинності представників, можна вирізнити представництво, коли декілька представників діють окремо один від одного або вчиняють послідовно дії, на здійснення яких їм надано окремі повноваження, та представництво, за якого двом особам надано спільні повноваження, реалізовувати які вони можуть лише спільно.

Варто визначитися з тим, якщо в довіреності не зазначено, яким саме чином представники будуть діяти, пропонується виходити з того, що якщо довіреність видана декіль-

ком представникам, то за відсутності прямо вираженої застереження про спільне представництві представники здійснюють повноваження окремо. У цьому випадку відмова від повноважень одного з представників, а так само скасування його повноважень яку представляють, має наслідком припинення довіреності тільки щодо зазначеного представника. Коли за умовами довіреності повноваження повинні здійснюватися спільно, відмова одного з представників тягне за собою припинення довіреності в цілому. Скасування довіреності щодо одного представника тягне припинення довіреності тільки щодо нього.

Список бібліографічних посилань:

1. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Hälfte 2.
2. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition/prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group); ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I–VI. Munich, 2009. 648 p. URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.
3. Спасибо-Фатеева І. В. Проблеми сучасного регулювання представництва. *Університетські наукові записки*. 2012. № 1. С. 249–259.
4. Цивільне право: підручник: у 2 т./В. І. Борисова (кер. авт.кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. Т. 1. 656 с.

Одержано 20.04.2017

УДК 346.3;346.2:346.5

Ірина Анатоліївна Селіванова,

доцент кафедри господарського права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6186-5652>

ОСОБЛИВОСТІ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЄ ДІЯЛЬНІСТЬ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ, ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ ТА КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

Трансформаційні процеси у сфері управління державною власністю, що відбувалися в Україні після здобуття нею незалежності, проходили в умовах кризи та без належної уваги до проблем ефективності управління державною власністю, фактично звівши роль держави тільки до приватизаційних процесів.

Правові основи управління об'єктами державної власності встановив Закон України «Про управління об'єктами державної власності» від 21 вересня 2006 року [1], який у ст. 1 визначає управління об'єктами державної власності як здійснення Кабінетом Міністрів України та уповноваженими ним органами, іншими суб'єктами, визначеними цим Законом, повноважень щодо реалізації прав держави як власника таких об'єктів, пов'язаних з володінням, користуванням і розпорядженням ними, у межах, визначених законодавством України, з метою задоволення державних та суспільних потреб.

Одним з дев'яти об'єктів управління державною власністю, визначених в ст. 3 цього закону, є державне майно, що забезпечує діяльність Президента України, Верховної Ради

України та Кабінету Міністрів України. Управління цим майном здійснює Державне управління справами (далі – ДУС), статус якого врегульовано Положенням [2]. До 2009 року воно не підлягало опублікуванню, наразі є у вільному доступі.

24 березня 2014 року Президентом України було видано Указ «Питання державного майна, що забезпечує діяльність Президента України» [3], яким на ДУС було покладено обов'язок забезпечити проведення суцільної інвентаризації належного державі нерухомого майна, інших об'єктів державної власності, що перебувають в управлінні ДУС (зокрема, державних підприємств, установ, організацій, санаторіїв, готелів (їх структурних підрозділів), державних резиденцій, державних дач, дач, засобів наземного, водного та повітряного транспорту, сільськогосподарської техніки, обладнання та устаткування, земельних ділянок, іншого рухомого та нерухомого майна, в тому числі такого, що знаходиться за межами України та на тимчасово окупованій території України).

Відповідно до Інформації за результатами проведеної роботи щодо виконання цього Указу Президента України [4] в управлінні ДУС перебувають 25 державних підприємств та 13 бюджетних установ, а також корпоративні права щодо одного приватного акціонерного товариства «Готель «Дніпро». Ці данні свідчать, що ДУС управляє значним по об'єму та вартості державним майном.

Центральним же органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері приватизації, оренди, використання та відчуження державного майна, управління об'єктами державної власності, є Фонд державного майна України, статус якого врегульовано Законом [5].

При порівнянні компетенції цих державних органів, можна зробити наступні висновки. ДУС не тільки здійснює матеріально-технічне та фінансове забезпечення діяльності юридичних осіб – органів влади, а саме Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Ради національної безпеки і оборони України, інших державних органів, а також органів, апаратів, утворених для здійснення їх повноважень. Також завданням ДУС є забезпечення надання лікувально-профілактичної допомоги, санітарного та епідемічного благополуччя, санаторно-курортного обслуговування таких фізичних осіб, як Президент України, народні депутати України, члени Кабінету Міністрів України, інші керівники державних органів, працівники Адміністрації Президента України, Апарату Верховної Ради України, Секретаріату Кабінету Міністрів України, Ради національної безпеки і оборони України, працівники інших державних органів, а також інші категорії осіб.

Для виконання цих завдань ДУС наділений значною компетенцією, зокрема, створювати та припиняти підприємства, установи і організації, затверджувати їх статuti (положення), укладати і розривати контракти з керівниками підприємств ДУС, здійснювати контроль за ефективністю використання і збереженням державного майна, закріпленого за підприємствами ДУС, погоджувати відчуження жилих і нежилых будинків та приміщень підприємствами ДУС, а також передачу в оренду державного майна підприємствами ДУС. Соціально побутове обслуговування вищеперерахованих осіб ДУС організує, забезпечуючи діяльність лікувально-профілактичних, санаторно-курортних, дошкільних навчальних закладів, оздоровчих таборів ДУС, затверджуючи ціни на путівки до цих закладів, тарифи на роботи (послуги), що виконуються (надаються) підприємствами ДУС, розмір плати за харчування дітей у дошкільних навчальних закладах ДУС тощо.

ДУС самостійно затверджує кошториси підприємств, установ, організацій, яким кошти Державного бюджету України надаються через ДУС. При цьому фінансування

діяльності ДУС здійснюється за рахунок коштів загального та спеціального фондів Державного бюджету України, ДУС є головним розпорядником цих коштів. Тобто ДУС забезпечує соціальне обслуговування особам (народним депутатам, зокрема), які розподіляють державний бюджет. Маємо очевидний конфлікт інтересів.

Така організація управління державними підприємствами ДУС не відповідає принципам ринкової економіки. Ці суб'єкти господарювання реалізують свої роботи, послуги обмеженому колу осіб – особам, обслуговування яких забезпечує ДУС, ціни на роботи, послуги цих підприємств не є ринковими. При цьому збитки підприємств покриваються з Державного бюджету України.

Діяльність ДУС має бути врегульована на рівні закону, при цьому ДУС необхідно позбавити соціальної функції в інтересах обмеженого кола осіб, а саме забезпечення їх харчуванням, лікуванням, відпочинком та таке інше на пільгових умовах, фактично за рахунок Державного бюджету України.

Список бібліографічних посилань:

1. Про управління об'єктами державної власності: закон України від 21.09.2006 № 185-V // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/185-16> (дата звернення: 12.04.2017).

2. Про Положення про Державне управління справами: указ Президента України від 17.12.2002 № 1180/2002 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1180/2002> (дата звернення: 15.04.2017).

3. Питання державного майна, що забезпечує діяльність Президента: указ Президента України від 24.03.2014 № 334/2014 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/334/2014> (дата звернення: 15.04.2017).

4. Інформація за результатами проведеної роботи щодо виконання Указу Президента України від 24 березня 2014 року № 334 «Питання державного майна, що забезпечує діяльність Президента України» // Державне управління справами: офіц. сайт. URL: <http://old.dus.gov.ua/284.1370.0.0.1.0.phtml> (дата звернення 14.04.2017).

5. Про Фонд державного майна України: закон України від 09.12.2011 № 4107-VI // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/rada/show/4107-17> (дата звернення: 15.04.2017).

Одержано 18.04.2017

УДК 347.23

Алексей Николаевич Соловьёв,

доцент кафедры гражданского права № 1

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого,

кандидат юридических наук, доцент

СВОБОДА ПРАВА ЧАСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО ИЛИ ЮРИДИЧЕСКАЯ ОБЯЗАННОСТЬ?

Для любого лица, сведущего в вопросах теории права, ответ на вопрос, вынесенный в наименование настоящей статьи, представляется очевидным. Но мы попытаемся

предложить цепь рассуждений, которые подобную заведомую «очевидность» поставят под сомнение. Насколько концепция «свободы права частной собственности» способствует формированию стабильного, внутренне умиротворенного гражданского общества? Свобода права частной собственности это благо или зло, подлежащее ограничительно-му правовому воздействию?

В обществе витает обыденное представление о «свободе», как о состоянии независимости от кого-либо или чего-либо, и в качестве идеала такового преподносят состояние абсолютной независимости. Может ли подобное представление быть положено в фундамент внутренне сплоченной общности – сообщества (рода) или государства? Является ли член любого общества независимым от других его членов или от обязанностей, неминуемо возникающих с порождением любой общности, и выступающих своеобразным связующим «клеем» для него? На подобные вопросы следует категоричный отрицательный ответ.

На самой заре появления первобытных человеческих общностей членство в них уже было сопряжено со значительными обязанностями: забота о потомстве (и не только своем), о пропитании, о безопасности и т. д. Субъект «заявлявший» о собственной «свободе», как независимости от общности, становился чужд последней в виду своей обременительности и ненужности как его структурного элемента, что, в итоге, завершалось изгнанием «свободного» субъекта из общности.

По мере эволюционного «обрастания» материальными благами субъект начинал осознавать увеличение степени собственной независимости от общества. Для добычи пищи уже не требовалось усилий целого рода, так как усовершенствованные орудия труда позволяли достичь искомой цели самостоятельно, либо усилиями меньшей социальной группы – семьи. Защититься от хищников можно было уже самостоятельно, используя более совершенное оружие и т. п. В итоге крупные первобытные человеческие общности стали неминуемо дробиться на более мелкие составные части, вплоть до семьи.

Однако исторический вектор эволюционного развития большей части человеческо-го населения Земли направлен в сторону зарождения и формирования государственно-подобных образований, с абсолютным его воплощением в идее государства¹. То есть происходит парадоксальный, на первый взгляд, обратный процесс, когда уже достаточно «свободные» личности формируют некие общности (фратрии, племена), которые, в свою очередь, неминуемо приходят к идее о необходимости государства. Соответственно возникает вопрос: может ли «свободный» индивид создать государство и будет ли образование, созданное подобными субъектами, жизнеспособно? Или же данью благополучному существованию индивида в обществе является возложение ограничений на его личностную свободу (независимость), осуществляемое либо самостоятельно, либо посредством коллективной воли общества?

В итоге мы неминуемо вынуждены переосмыслить понятие «свободы» сквозь призму позиции Б. Спинозы, утверждавшего, что свобода есть осознанная необходимость.

Свобода права собственности является частным проявлением абсолютной свободы личности, поэтому при ее анализе вполне правомерно использование выводов характерных для общего понятия методом выведения (индукции).

¹ Из заявленного правила есть исключения, представленные общностями аборигенов Австралии, Тасмании, Папуа Новой Гвинеи, которые существовали десятки тысяч лет, но так и не стремились к созданию государств. Однако данные исключения лишь подтверждают общее правило.

Неумеренное накопительство, являющееся проявлением животных инстинктов, трансформировавшихся в порок корыстолюбия, приводит к неравномерному распределению материальных благ в обществе. Начиная с ранних стадий развития человеческого общества и вплоть до настоящего времени следствием имущественного неравенства его членов являлось расслоение последнего на социальные группы, представленные субъектами, обладающими различным объемом правоспособности (конституционной, гражданской и т. д.). На подобной социальной почве формировались государства, однако изначально заложенный в их фундамент социальный конфликт неизбежно приводил к их разрушению либо значительным социальным катаклизмам, ибо «нельзя возводить здание на песке». В итоге в подавляющем большинстве стран была осознана идея равенства людей, как обязательная предпосылка построения стабильного, процветающего общества и государства. Исторически развиваясь, идея «равенства людей» из относительной формы трансформировалась в абсолютную, проявляющуюся в нормативном закреплении за гражданами равных прав в конституционной, гражданской, трудовой сферах.

Вместе с тем последовательно проводилась идея о необходимости юридической фиксации свободы права частной собственности как основы существования «свободного» гражданина и предпосылки существования «свободного» общества. Однако вышеизложенные рассуждения должны были продемонстрировать несостоятельность подобного подхода по правилу *contradictio in adjecto*, так как абсолютно «независимые (свободные)» личности не могут формировать устойчивую общность. Закрепление в праве конструкции свободы права частной собственности и дихотомии правоотношения собственности по принципу «свое-чужое» закладывает в фундамент общества «бомбу» антагонизма, приводящую к социальным конфликтам той или иной степени напряженности. Формально провозглашаемое конституционное равенство граждан нивелируется в силу правового установления абстрактной свободы права частной собственности, осуществление которой искажается абсолютно неравномерным распределением материальных благ в государстве. Радикальное имущественное расслоение общества приводит к изначально различным правовым возможностям, которыми обладают его представители. В итоге, например, формально равное для всех граждан Украины активное избирательное право превращается в фикцию, в результате введения юридического требования о значительных имущественных залогах, отбрасывая наше общество в своем развитии на сотни лет назад, в эпоху имущественных цензов. Принимая во внимание современный уровень благосостояния большей части населения Украины, то установленные ее законодательством размеры судебного сбора превращают судебную защиту своих прав и законных интересов, являющуюся неотъемлемой частью правосубъектности её граждан, в неисполнимую мечту для «рядового» человека.

Резюмируя вышеизложенное, не следует ли трактовать свободу права частной собственности как «осознанную необходимость», и трансформировать её идею сквозь призму концепции права частной собственности как обязанности. Вместе с тем увеличение «имущественного фундамента» личности должно неминуемо влечь увеличение обязанностей собственника и его ответственности перед обществом на всех уровнях, начиная с объема уплачиваемых налогов и вплоть до обязанности (моральной или правовой) благотворительности.

Одержано 19.04.2017

Марія Анатоліївна Тіхонова,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3721-4462>

ЩОДО ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА СПОРТСМЕНІВ НА СВОБОДУ ПЕРЕСУВАННЯ

Право на свободу пересування є особистим немайновим правом фізичної особи, що спрямоване на забезпечення свободи в сфері соціального буття і має первинне закріплення у ст. 33 Конституції України, ст. 13 Загальної декларації прав людини, ст. 2 Протоколу № 4 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, ст. 12 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні».

Право на свободу пересування є окремою самостійною правовою можливістю, що спрямована на забезпечення свободи пересування фізичної особи, яка одночасно і є особистим немайновим благом та, відповідно, об'єктом даного права [1, с. 359]. При цьому, свобода пересування містить у собі два основних аспекти: внутрішній, під яким розуміють можливість фізичної особи вільно пересуватись по території України, та зовнішній, під яким розуміють можливість фізичної особи залишати територію України, а для фізичної особи, яка має громадянство України, – ще й свободу повернення в Україну [2, с. 6]. І саме на забезпечення цієї свободи і вбудовується відповідне особисте немайнове право на свободу пересування, до змісту активних повноважень якого входять: а) благоволодіння свободою пересування, яке означає, що фізична особа визнається носієм відповідного блага; б) благовикористання свободи пересування, яке означає, що фізична особа може вільно, на власний розсуд, задля досягнення своєї мети та задоволення власних інтересів вільно пересуватись як по території України, так і за її межами чи іншим чином використовувати надану їй свободу [1, с. 359–360].

Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених Конституцією України, можливе лише у випадках, передбачених нею. Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи можливе лише у випадках, передбачених Конституцією України, Цивільним кодексом та іншими законами України (ст. 274 ЦК України).

Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених ЦК України та іншими законами, можливе лише у випадках, передбачених ними. Спільним для них є те, що кожен випадок можливого втручання у сферу особистих немайнових прав має базуватися на певних підставах, а саме: по-перше, сама можливість втручання у сферу особистих немайнових прав, а тим більше їх обмеження, повинна бути передбачена законом, а тих, які встановлені Конституцією України – лише у випадках, передбачених нею; по-друге, особа, що здійснює подібне обмеження повинна мати спеціальні документально підтверджені повноваження; по-третє, особа, вказана у попередньому пункті може здійснювати обмеження особистих немайнових прав лише у своєму, вузько спеціалізованому аспекті [3, с. 6].

Свободу пересування відповідно до ст. 12 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» може бути обмежено: у прикордонній смузі; на територіях військових об'єктів; у зонах, які згідно із законом належать до зон з

обмеженням доступом; на приватних земельних ділянках; на територіях, щодо яких введено воєнний або надзвичайний стан; на окремих територіях і в населених пунктах, де у разі небезпеки поширення інфекційних захворювань і отруєнь людей введені особливі умови і режим проживання населення та господарської діяльності; на тимчасово окупованих територіях. Свобода пересування обмежується щодо: осіб, до яких відповідно до процесуального законодавства застосовано запобіжні заходи, пов'язані з обмеженням або позбавленням волі; осіб, які за вироком суду відбувають покарання у вигляді позбавлення або обмеження волі; осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, яким заборонено виїжджати за межі України без погодження з уповноваженим органом з питань пробації; осіб, які згідно із законодавством перебувають під адміністративним наглядом; осіб, які згідно із законодавством про інфекційні захворювання та психіатричну допомогу підлягають примусовій госпіталізації та лікуванню; осіб, які звернулися за наданням їм статусу біженця чи додаткового захисту і стосовно яких прийнято рішення про оформлення документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту; іноземців та осіб без громадянства, які не мають законних підстав для перебування на території України; осіб, яких призвано на дійсну строкову службу до Збройних Сил України та інших, утворених відповідно до законів України, військових формувань; іноземців, які перебувають у складі військових іноземних підрозділів і які мають статус військового. Свобода пересування може бути обмежена і в інших випадках, передбачених законом.

Разом з тим, законодавством України не передбачене обмеження такого особистого немайнового права як свобода пересування спортсменів¹, але фактично це право є утісненим у зв'язку з їх професійною діяльністю. Так, відповідно до Всесвітнього антидопінгового кодексу та Міжнародних стандартів з тестувань та розслідувань спортсмени, які включені в Базу даних тестування (пул тестування)² їх Міжнародної федерації і (або) Національної антидопінгової організації, зобов'язані надавати інформацію про своє місцезнаходження за допомогою системи ADAMS³ чи іншої схваленої WADA системи. Система ADAMS працює наступним чином: спортсменам видається особистий ідентифікаційний номер та пароль до особистого кабінету системи, в яку заноситься номер біопаспорту⁴, адреса, вид спорту, тощо. До календарю ADAMS спортсмен повинен вносити раз на три місяці всю погодинну інформацію про своє місцезнаходження. Спортсмен

¹ В Україні в 2017 році було прийнято новий Закон «Про антидопінговий контроль у спорті», відповідно до якого можна було б передбачити обмеження спортсмена щодо свободи пересування. Натомість цей Закон містить спеціальні норми щодо правових та організаційних засад здійснення антидопінгового контролю в Україні, участі відповідних закладів, установ та організацій у профілактиці, запобігання застосуванню та поширенню допінгу у спорті.

² Бази даних для тестування (Registered Testing Pool) – список, складений окремо Міжнародними федераціями на міжнародному рівні і Національними антидопінговими організаціями на національному рівні. Даний список складається з елітних спортсменів, які підлягають в момент та поза змаганнями тестуванню.

³ ADAMS – система антидопінгового адміністрування та управління – система, призначена для управління базою даних, розташованою в Інтернеті, шляхом введення, зберігання, поширення даних і складання звітів, розроблена для надання допомоги зацікавленим сторонам і WADA в їх антидопінговій діяльності при дотриманні законодавства про захист даних.

⁴ Біологічний паспорт спортсмена (Athlete Biological Passport) – програма і методи збору та узагальнення даних, що реалізуються відповідно до Міжнародного стандарту з тестування та розслідувань, а також Міжнародним стандартом для лабораторій.

зобов'язаний бути доступним для відбору проб у *будь-який* час. До порушень антидопінгових правил¹ відносяться в тому числі ухилення, відмова або неявка на процедуру здачі проб, ухилення від здачі проби, або без поважної причини відмови, або неявка на процедуру здачі проби, а також порушення порядку надання інформації про місцезнаходження.

Отже, незважаючи на те, що обмеження особистих немайнових прав фізичної особи неможливе, крім випадків прямо встановлених в законі, але ми бачимо, що у зв'язку з професійною діяльністю право на свободу пересування спортсменів є фактично обмеженим незважаючи на відсутність такого обмеження в законодавстві України.

Список бібліографічних посилань:

1. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. 541 с.
2. Динько О. Ф. Зміст і гарантії забезпечення свободи пересування людини та громадянина в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2003. 18 с.
3. Кохановська О. Особисті немайнові права фізичних осіб як інститут цивільного права України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2010. № 85. С. 4–6.
4. World Anti-Doping Code. World Anti-Doping Agency, 2015. 156 p.
5. Международный стандарт по тестированию и расследованиям. *World Anti-Doping Agency*. 2015. 77 с.
6. Про антидопінговий контроль у спорті: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 21. С. 20.

Одержано 23.04.2017

УДК 347.1

Максим Олегович Ткалич,

доцент кафедри цивільного права
Запорізького національного університету,
кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ПРО ДЕЛІКТНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СПОРТСМЕНІВ

Спортивна є різновидом людської діяльності, яка пов'язана із підвищеним ризиком завдання шкоди майну, здоров'ю, життю фізичних осіб або майну юридичних осіб. При цьому, спеціальних норм, які б передбачали особливості застосування деліктної відповідальності в спорті чинне законодавство не містить. Відповідно, шкода, завдана спортсменом під час здійснення спортивної діяльності, повинна відшкодовуватися за правилами генерального делікту, тобто за ст. 1166 ЦК України.

У цивільному праві, на відміну від кримінального, діє принцип презумпції вини, відповідно, для уникнення цивільно-правової відповідальності спортсмену необхідно довести відсутність своєї вини у заподіянні шкоди. У протилежному випадку спортсмен повинен відповідати за завдану іншим особам шкоду на загальних підставах.

¹ Антидопінгові правила, як і правила змагань, є спортивними правилами, за якими проводяться змагання. Спортсмени приймають ці правила як умову участі в змаганнях і зобов'язані їх дотримуватися.

При цьому, вина, як психічне ставлення особи до вчинюваного нею діяння, може існувати у формі умислу та необережності. Відповідно, футболіст, який навмисно завдає травми голкіперу, намагаючись заволодіти м'ячем, безумовно повинен відшкодувати шкоду, завдану голкіперу. При цьому, в більшості випадків встановити факт навмисного завдання шкоди іншому спортсменові майже неможливо. Проте відсутність умислу спортсмена на заподіяння шкоди іншій особі, ще не свідчить про відсутність вини як такої, і, відповідно, відсутності умов та підстав притягнення до цивільно-правової відповідальності. Адже необережне завдання шкоди іншому спортсмену також буде свідчити про наявність вини заподіювача шкоди. Так, гравець у пелоту (баскська лапта) у процесі гри поранив в око свого партнера по команді м'ячем, відбитим після другого відскоку від землі, тобто порушив правила гри, які передбачають можливість удару по м'ячу з лету або після першого відскоку. Поранений спортсмен звернувся з клопотанням про відшкодування шкоди у відповідності до Цивільного кодексу Франції. Суд м. По встановив, що завдання шкоди не було навмисним, оскільки гравець, прийнявши м'яч після другого відскоку, проявив неуважність або зробив удар рефлексивно, що не свідчить про явне перевищення норм поведінки, що можуть очікуватися від гравців у пелоту. На думку суду, порушення правил гри як причина травми стають виною тільки тоді, коли вони є результатом навмисної або нечесної поведінки, грубості, що суперечить духу спорту, або очевидної безтактності [1]. Постраждалий спортсмен не погодився з рішенням суду першої інстанції та подав на нього апеляційну скаргу. Апеляційний суд підтвердив рішення суду першої інстанції та навів наступні доводи: заняття спортом припускають для кожного гравця ризик, на який він добровільно погоджується; порушення одного правила гри з боку спортсмена, що спричинило шкоду іншому гравцю, покладає юридичну відповідальність на заподіювача тільки в тому випадку, якщо це порушення навмисне та серйозне або якщо порушене правило посягає на громадську безпеку; у зазначеному випадку Б. порушив припис, що стосується обмеження умов гри, він реагував встановленим чином у пориві гри, підсумок якої не був визначений, а показання свідків, забезпечені слідством та сторонами, не констатують у жодному разі нечесних намірів або грубості, що суперечать духу спорту; має місце просте порушення правил гри у такому виді спорту, де дії є швидкими, а небезпека очевидна через швидкість польоту м'яча, і тому воно не доводить наявності винної дії, що покладає відповідальність на Б. Отже, в наведеному прикладі суд зробив висновки про відсутність як умислу, так і необережності спортсмена у вчиненні діяння, яким було завдано шкоду іншій особі. При цьому, постає ще одна проблема кваліфікації діяння спортсмена, як протиправного. Йдеться про відсутність можливості чітко визначити межу між необережним завданням шкоди неправомірною поведінкою, тобто з порушенням встановлених правил виду спорту (шкода відшкодовується за правилом генерального делікту), правомірною поведінкою особи в межах встановлених правил виду спорту, внаслідок якої було завдано шкоду (за чинним законодавством обов'язок відшкодування шкоди відсутній), та поведінкою особи поза межами встановлених правил виду спорту, яка не є протиправною, але внаслідок якої було завдано шкоду (за чинним законодавством обов'язок відшкодування шкоди відсутній). Щодо правомірної поведінки спортсмена, то за правилом ч. 4 ст. 1166 ЦК України, шкода, завдана правомірними діями підлягає відшкодуванню у випадках, прямо встановлених законом. Видається, що відповідні відносини можуть виникати у випадку завдання шкоди зі згоди самого спортсмена, у межах правил відповідного виду спорту. Наприклад, футбольні «підкати» пов'язані з можливістю завдання шкоди спортсмену, проте своїми конклюдентними діями футболіст погоджується з можливістю застосування подібних прийомів щодо себе. Конклюдентні дії в цьому випадку полягають у погодженні з правилами футболу та безпосередньому виході спортсмена на поле.

Непоодинокими є також випадки, коли шкоду завдано внаслідок умислу потерпілої особи. Зокрема, спортсмени часто цілком усвідомлюють можливість завдання шкоди один одному внаслідок небезпечного діяння (наприклад, свідоме зіткнення гравців у регбі головами). У такому випадку шкода, завдана спортсменами один одному, відшкодуванню не підлягає, оскільки її заподіяння обумовлене умислом кожного з них.

Моральна шкода, завдана спортсменом, також підлягає відшкодуванню. Так, згідно із ч. 1 ст. 1167 ЦК України така шкода повинна бути відшкодована особою, яка її завдала своїми винними діями. Під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, завданих фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Відповідно, моральна шкода, завдана винним протиправним діянням одного спортсмена щодо іншого, підлягає відшкодуванню у повному обсязі.

Отже, очевидним є той факт, що деліктні відносини у спорті є складними та потребують належного правового регулювання. В той же час, наразі рівень правового регулювання зазначених відносин не є достатнім. Зокрема, приписи ст. 1166 та ст. 1177 ЦК України не в повній мірі дають можливість врахувати весь спектр проблемних відносин, які можуть виникнути у зв'язку із завданням шкоди спортсменом іншому спортсмену під час здійснення спортивної діяльності. На нашу думку, доцільним є віднесення деліктів, що вчиняються у сфері спорту, до категорії спеціальних. Серед іншого, доцільно прямо передбачити законом, що спортсмен вважається невинуватим у завданні шкоди іншому спортсмену, поки протилежне не буде доведено судом. Крім того, варто встановити чіткі критерії розмежування форм вини та відмежування винної протиправної поведінки від правомірної поведінки спортсменів, внаслідок якої було завдано шкоду іншому спортсмену. Також недоцільним видається обов'язок спортсмена відшкодувати моральну шкоду, із врахуванням підвищено ступеня ризикованості спортивної діяльності як такої та усвідомлення потерпілою особою цього факту.

Список бібліографічних посилань:

1. Кузин В. В. Спортивный арбитраж/В. В. Кузин, М. Е. Кутепов, Д. Г. Холодняк. М.: ФОН, 1996. 165 с.

Одержано 14.04.2017

УДК 347.724:347.9(477)

Володимир Ігорович Цікало,

доцент кафедри цивільного права та процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка,

кандидат юридичних наук, доцент

ВИДИ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ НЕДОТРИМАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

У вітчизняних джерелах за недотримання умов договору про здійснення прав учасників господарського товариства пропонують застосовувати різні правові наслідки: від цивільно-правової відповідальності до примусового виконання добровільно невиконаного обов'язку. При формулюванні таких пропозицій та впровадженні новел правового

регулювання необхідно враховувати предмет договору про здійснення прав учасників (акціонерів) господарського товариства.

Предмет договору між учасниками (акціонерами) господарського товариства складають обумовлені договором певні (особливі) способи здійснення його сторонами належних їм прав. Ці способи можуть передбачати два види поведінки учасника товариства:

- 1) реалізація правових можливостей, що становлять зміст відповідних прав учасника;
- 2) виконання взятих на себе обов'язків реалізовувати свої права певними (особливими), передбаченим договором, способами.

Виконання обов'язків, взятих на себе за договором про здійснення прав учасників (акціонерів) господарського товариства, не належить до виконання цивільного зобов'язання у розумінні Глави 48 ЦК України «Виконання зобов'язання», а є одним із способів здійснення прав, належних учасникові (акціонерові) господарського товариства.

У ст. 29 Закону України «Про акціонерні товариства» передбачена можливість встановити у статуті акціонерного товариства відповідальність за недотримання умов договору між акціонерами. Положеннями закону від 23.03.2017 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» (ст. 51-1 (абз. 10) Закону України «Про господарські товариства» та ст. 26-1 (ч. 6) Закону України «Про акціонерні товариства») встановлено, що договором між учасниками (акціонерами) господарського товариства можуть передбачатися заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань. У ч. 7 ст. 26-1 Закону України «Про акціонерні товариства» деталізовано, які саме форми цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання договору між акціонерами можуть бути встановлені ним. До цих форм, на думку законодавця, можуть належати:

- 1) відшкодування збитків, завданих внаслідок порушення договору;
- 2) стягнення неустойки (штрафу, пені);
- 3) виплата компенсації (фіксована грошова сума або сума, що підлягає визначенню в порядку, передбаченому договором між акціонерами);
- 4) інші заходи відповідальності у зв'язку з порушенням договору між акціонерами.

Іншими формами відповідальності за недотримання умов договору про здійснення прав учасників господарського товариства в літературі, серед інших, називають відшкодування моральної шкоди.

Правові наслідки порушення цивільно-правових зобов'язань встановлені у ст. 611 ЦК України. Відповідно до частини першої цієї статті у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: сплата неустойки, а також відшкодування збитків та моральної шкоди. Сплата неустойки, відшкодування збитків та моральної шкоди є формами цивільно-правової відповідальності. За загальним правилом, передбаченим у ч. 1 ст. 614 ЦК України, особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності).

Невиконання обов'язків, взятих на себе сторонами договору про здійснення прав учасників господарського товариства, не може мати своїм наслідком цивільно-правову відповідальність.

Обов'язки, які покладені на сторін договору про здійснення прав учасників господарського товариства, не є елементом цивільного зобов'язання, передбаченого Розділом I «Загальні положення про зобов'язання» Книги п'ятої «Зобов'язальне право» ЦК України. ***Вони є елементом правовідносин щодо здійснення прав учасників господарського товариства.***

Обов'язки сторін договору про здійснення прав учасників господарського товариства також не є обов'язками, встановленими у ст. 117 ЦК України «Обов'язки учасників господарського товариства». Відповідно до ч. 1 ст. 117 ЦК України учасники господарського товариства зобов'язані: 1) додержуватися установчого документа товариства та виконувати рішення загальних зборів; 2) виконувати свої зобов'язання перед товариством, у тому числі ті, що пов'язані з майновою участю, а також робити вклади (оплачувати акції) у розмірі, в порядку та засобами, що передбачені установчим документом; 3) не розголошувати комерційну таємницю та конфіденційну інформацію про діяльність товариства. Учасники господарського товариства можуть також мати інші обов'язки, встановлені установчим документом товариства та законом (ч. 2 ст. 117 ЦК України). **Обов'язки, взяті на себе учасниками господарського товариства на підставі договору між ними, не є зобов'язаннями перед товариством, і не належать до обов'язків, встановлених установчим документом чи законом.** Вони обумовлюються у договорі про здійснення прав учасників господарського товариства.

Виконання обов'язків сторін договору про здійснення прав учасників господарського товариства за своєю правовою природою є особливими способами здійснення належних їм прав, які визначені договором між ними. У свою чергу, нездійснення учасниками господарського товариства належних їм прав не може призводити до цивільно-правової відповідальності, оскільки таке нездійснення прав не вважається протиправною поведінкою.

Відповідно до ч. 2 ст. 12 ЦК України нездійснення особою своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення, крім випадків, встановлених законом. **Враховуючи те, що правові наслідки недотримання умов договору про здійснення прав учасників господарського товариства встановлюються не законом, а безпосередньо договором, не можна погодитися з тими авторами, які допускають у якості форми відповідальності за порушення цього договору позбавлення прав учасника товариства, наприклад, примусовий викуп його частки (акцій).**

З урахуванням принципу «свободи договору», закріпленого у ст. 3, 6 та 627 ЦК України, можна припустити, що до договору про здійснення прав учасників господарського товариства будуть включені не передбачені законом чи внутрішніми правовими актами товариства права та обов'язки учасників, тобто нові (додаткові) права та обов'язки. Нові (додаткові) права та обов'язки учасника господарського товариства, які не пов'язані із здійсненням вже існуючих прав, стають елементами самостійного цивільного зобов'язання, встановленого Книгою п'ятою Цивільного кодексу України. Ці обов'язки у формальному значенні не є обов'язками учасників господарського товариства (ст. 117 ЦК України), а є обов'язками фізичних та юридичних осіб, а також інших учасників цивільних відносин, які уклали договір про здійснення прав учасників господарського товариства. За невиконання таких обов'язків може наставати цивільно-правова відповідальність.

Вирішуючи питання щодо судового захисту прав сторін договору про здійснення прав учасників господарського товариства, треба розмежовувати два види обов'язків, які можуть нести сторони цього договору. Перший вид обов'язків – це обов'язки, які учасники господарського товариства взяли на себе, як особливий спосіб здійснення належних їм прав: права на участь в управлінні товариством, переважного права придбання та права на відчуження їх часток (акцій) у статутному капіталі товариства, прав, пов'язаних із припиненням товариства або виділенням із нього нової юридичної особи. Другий вид обов'язків передбачає встановлення договором між учасниками (акціонерами)

господарського товариства нових, попередньо неіснуючих, прав і кореспондуючих їм обов'язків, які складають самостійне зобов'язання у розумінні ст. 509 Цивільного кодексу України. Лише за невиконання цього (другого) виду обов'язків судом може бути застосована цивільно-правова відповідальність.

У наукових дослідженнях, присвячених питанням договору про здійснення прав учасників господарського товариства, розглядають також можливість застосування інших, окрім цивільно-правової відповідальності, негативних правових наслідків (санкцій) через недотримання його умов.

Примусове виконання добровільно невиконаного обов'язку як вид цивільно-правової санкції полягає у тому, що у разі невиконання боржником свого цивільного обов'язку добровільно, він може бути примушений до його виконання в судовому порядку. **Обов'язки, встановлені договором про здійснення прав учасників господарського товариства, не можуть бути виконані за рішенням суду оскільки вони є способами здійснення прав учасників товариства, тому їх невиконання не вважається протиправною поведінкою сторони договору.**

Оперативні санкції – це передбачені договором або актом цивільного законодавства засоби оперативного впливу на боржника, спрямовані на попередження інших правопорушень або зменшення їх негативних наслідків. **Одностороння відмова або одностороння зміна договору про здійснення прав учасників господарського товариства можуть бути застосовані сторонами договору як оперативні санкції, однак, лише у випадках передбачених самим договором.** Ця позиція узгоджується із положеннями статті 651 Цивільного кодексу України.

Зважаючи на те, що у договорі між учасниками (акціонерами) господарського товариства встановлюються особливі способи здійснення їх прав, які можуть полягати і у виконанні певних обов'язків, взятих на себе сторонами, правові наслідки за недотримання умов договору мають відповідати цим особливостям і можуть бути визначені лише договором. **Разом з тим, ці правові наслідки, за загальним правилом, не можуть бути забезпечені силою державного примусу, а право на їх застосування не підлягає судовому захисту.**

Правові наслідки порушення договору про здійснення прав учасників господарського товариства повинні бути такими, які можуть бути застосовані кожною із сторін договору в односторонньому порядку її власною (самостійною) поведінкою, яка не залежить від дій та рішень інших суб'єктів права.

Серед можливих для застосування правових наслідків недотримання умов договору про здійснення прав учасників господарського товариства треба назвати односторонню відмову або зміну договору, укладеного учасниками (акціонерами) господарського товариства, якщо вони передбачені цим договором. Це не означає, що сторони договору про здійснення прав учасників господарського товариства не можуть передбачити інші правові наслідки порушення домовленості між ними. Однак **ці правові наслідки повинні відповідати таким ознакам:**

- 1) встановлюються договором;
- 2) застосовуються стороною договору самостійно (в односторонньому порядку);
- 3) не забезпечуються силою державного, у тому числі судового, примусу;
- 4) не залежать від вини особи, яка не дотримала умов договору.

Одержано 20.04.2017

Юрій Іванович Чалий,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3641-0760>

СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК КРИТЕРІЙ ІСТИННОСТІ РЕЗУЛЬТАТІВ ЦИВІЛІСТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

1. Право – це «жива» матерія, котра не тільки пізнається дослідниками, але й піддається зміні. Основне завдання дослідника-цивіліста, як і представника іншої науки про право, полягає у виявленні проблем правового регулювання та покращенні функціонування права. При цьому конструювання змін у праві не може здійснюватися довільно, воно має спиратись на перевірені часом методи. Застосування спеціальних методів правових досліджень (формально-догматичного, герменевтичного, порівняльного та ін.) не дозволяє обґрунтувати нове правове знання. Такі методи здебільшого пояснюють яким право є, але не можуть підтверджувати достовірність дослідницьких висновків про те, яким право має бути.

2. Справедливість є внутрішньою властивістю права. Приписи законів, умови договорів (інших правочинів), рішення судів тощо можуть вважатись правовими тільки за умови їх відповідності уявленням про справедливість. Справедливість же, за нашим переконанням, має виступати універсальним критерієм істинності наукових суджень, які торкаються критичного осмислення тих чи інших елементів приватноправового механізму впровадження суспільних відносин.

На жаль, у сучасних цивілістичних дослідженнях автори вкрай рідко використовують аргументацію, що підтверджувала б правову достовірність їх наукових висновків чи позицій. Здебільшого застосовуються формально-логічні прийоми, котрі поряд зі згаданими вище спеціальними методами, принципово не можуть визначати правову підставність нового знання.

3. Властивості категорії «справедливість» важко піддаються формалізації. Попри те, що справедливість згадана в ЦК України серед інших принципів цивільного права, легального визначення справедливості чи однойменного принципу не знайти. Єдиним офіційним джерелом, де справедливість розглядається змістовно, є рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2004 від 22.11.2004 у справі за № 1-33/2004. Хоча вказане рішення торкається проблем застосування кримінально-правових норм, справедливість у ньому розглядається як загально-правова категорія. У п. 4.1 рішення зазначається, що справедливість – це властивість права, виражена в рівному юридичному масштабі поведінки та у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. Отже, основними ознаками справедливості за редакцією цитованого пункту є **рівний правовий масштаб поведінки та пропорційність мір відповідальності правопорушенню**. Ключовим словом для визначення справедливості є **«рівність»**. Відзначимо, що таке розуміння справедливості у своїй основі збігається з баченням цієї категорії філософією права.

4. Цивільне (приватне) право пронизане ідеєю рівності (справедливості). І це проявляється не тільки в тому, що до певних схожих за змістом життєвих ситуацій право має

підходити з рівною мірою чи застосовувати рівний масштаб юридичної кваліфікації. Слід вбачати й інші випадки прояву рівності (справедливості).

Прямо чи опосередковано рівність виражена у різноманітних інститутах цивільного права. Рівність суб'єктів приватноправових відносин відкриває екскурс в інші інститути. Що, як не ідея рівності змушує нас визнавати та поважати факт закріпленості (приналежності) за іншими суб'єктами немайнових та майнових благ? Визнання рівності учасників приватноправових відносин дозволяє їм скористатися диспозитивністю у визначенні варіантів своєї правової поведінки. На постулат рівності спираються правила про чинність правочинів, де вимагається, зокрема, участь рівних за обсягом дієздатності осіб, вільне волевиявлення таких учасників та ін. Договір як основний юридичний факт, що породжує цивільно-правові відносини, ілюструє рівність тим, що для його укладення вимагається урівноважити економічні чи інші амбіції сторін, без чого договір просто не відбудеться. Окрім того, договірний обмін майном здійснюється, як правило, на еквівалентній основі.

Рівний відносно рівного має поводитися з повагою, не допускаючи зловживання правом, та належно виконувати обов'язки. Добросовісна поведінка учасників правовідносин, як елемент рівності, впливає не тільки на стабільність майнового обігу, але й дозволяє встановити непорушність функціонування норм приватного права в цілому.

Визначеність законів (їх ясність) також є результатом прояву «рівного правового масштабу». Закони набувають своєї дійсної правової легітимності (є справедливими) тоді, коли суб'єкти правовідносин можуть розраховувати на передбачуваний результат своєї поведінки. Власне, вказана ознака стосується й умов договору, які також мають бути складені зі зрозумілим для сторін змістом.

На ґрунті справедливості стоять принципи цивільно-правової відповідальності. Обсяг відшкодування залежить від заподіяної шкоди (відшкодування рівне втратам потерпілої особи). Несправедливим буде притягнення особи до відповідальності, коли вона заподіяла шкідливий результат у ситуації, яка об'єктивно не дозволяла їй уникнути заподіяння шкоди, тобто за відсутності вини такої особи.

Подібний ілюстративний матеріал можна було б продовжити, але наведеного достатньо аби переконатися, що справедливість дійсно є внутрішньою властивістю приватного (цивільного) права.

5. Згідно зі вказаною внутрішньою властивістю приватного (цивільного) права мають вибудовуватись дослідниками їх пропозиції щодо покращення механізму впорядкування суспільних відносин. Відрадно, що у цивілістичних дослідженнях з цього приводу зустрічаються позитивні приклади. Так, в одній із публікацій автор (А. Г. Карапетов) обґрунтовує застосування методу тлумачення договору *contra proferentem* (проти того, хто запропонував) саме за допомогою категорії «справедливість». Відзначається, що у тих випадках, коли певна умова договору не може бути з'ясована, спираючись на її буквальный зміст, та неможливо встановити дійсні наміри сторін, то проблема має вирішуватись шляхом винесення судом справедливого рішення. Справедливим, вважає автор, буде те тлумачення судом умови, яке менш вигідне для сторони, котра запропонувала неясну умову. Невигідні наслідки має нести саме ця сторона, адже вона або навмисно склала подібну умову на свою користь, або створила неясність умови через свою недбалість. У першому випадку несправедливим було б отримання вигоди такою стороною, оскільки її поведінка є недобросовісною (виходячи із принципу: ніхто не може отримувати вигоду зі свого проступку). У другому – настання невігідних наслідків також буде справедливо покласти на того, хто запропонував неясну умову, оскільки він діяв недбало.

Додамо до наведеної А. Г. Карапетовим аргументації те, що отримання вигоди розробником неясної умови створює ситуацію нерівності: очікування контрагента, якому запропонована до акцептування неясна умова, за подальшою динамікою даного договору не виправдовуються, адже він розраховував на позитивні для себе наслідки. Це і є нерівність. Суперечливість принципу правової рівності, визначають подібні умови договорів (розроблені за вищенаведеними обставинами) як несправедливі.

6. На завершення зазначимо, що справедливість є найбільш універсальним прийомом встановлення правової істинності суджень, ким би вони не висловлювалися: законодавцем, судом, учасником правовідносин (в умовах договорів чи інших правочинів), дослідником проблем права тощо. Юридичній науці ця категорія відома з давніх давен, але її ресурс ще не використовується на повну потужність.

Одержано 13.04.2017

УДК 347.1

Олександр Романович Шишка,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1396-0508>

КЛАСИФІКАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ ЗА ВОЛЬОВИМ КРИТЕРІЄМ: ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Статтю 1 ЦК України передбачено, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Відповідно, критерієм визначення цивільних відносин є наявність у момент їх заснування таких ознак: юридична рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність їх учасників. Причому ці ознаки вказують не лише на умови виникнення цивільних відносин, специфічний юридичний склад у момент їх заснування, але й на те, що відсутність хоча б одного елемента робить неможливим називати певні відносини цивільними, а отже, піддавати впливу системи джерел цивільного права.

Положення такої норми дає підстави стверджувати, що в ЦК України або закладено різноконцептуальні підходи до класифікації юридичних фактів, або сфера цивільного права має розумітися дещо вужче, ніж догматичні та доктринальні підходи до його сприйняття.

На підтвердження цьому слід навести наступне твердження. Зокрема, слід звернути увагу на словосполучення «вільне волевиявлення». Тут передбачається, що для того, щоб певний учасник набув якостей суб'єкта цивільних правовідносин, він має на власний розсуд вчинити дію, за умов, що він цього бажає і прагне досягти певної мети, а інші не втручаються у його поведінку, не спрямовують її на досягнення власних цілей. Тобто, вільне волевиявлення учасника цивільних відносин відбувається тоді, коли зовнішня поведінка особи (правомірна чи неправомірна) підкорюється свідомості, визначається та втілюється нею (для фізичних осіб) або відповідає волесформованим діям його органів (для юридичних осіб і суб'єктів публічного права (у значенні ч. 2 ст. 2 ЦК України)).

Отже, концептуально в ст. 1 ЦК України закладено вольовий критерій до визначення цивільних відносин. Тобто передбачається, що цивільні відносини тісно пов'язані не з будь-якою дією, що зумовлює виникнення таких відносин, а лише тією, що є зовнішньою формою вираження свого бажання досягти мети і цим набути для себе прав та обов'язків. Такий же підхід простежується і в ч. 1 ст. 1 ЦК Республіки Таджикистан та абз. 1 п. 1 ст. 2 ЦК РФ.

Проте, тут є один вразливий момент, принаймні з точки зору догматичних підходів. Для цього слід застосувати дедуктивний метод. Так, якщо волевиявлення учасників є проявом дії, то тоді концепт ЦК України зводить усі цивільні відносини до тих, які виникають лише з юридичних дій. Проте не дуже зрозуміло, як ця концепція вкладається в концепцію юридичних фактів, що частково закріплена у ст. 11 ЦК України. Зокрема, положення ст. 11 ЦК України вказує на те, що всі цивільні права та обов'язки виникають не лише з дій, а й з інших юридичних фактів, які навряд чи залежать від волі їх учасників. Наприклад, факт смерті фізичної особи може породжувати певні правовідносини для інших осіб, які навряд чи виникають за волею осіб та залежать від неї. Це стосується і стихійного лиха, урагану, циклону, землетрусу, цунамі, повені, вибуху, пожежі тощо, що можуть бути, наприклад, страховим випадком. Однак тоді виникає запитання: які відносини породжує факт смерті фізичної особи чи певні природні явища. Цивільні чи не цивільні (з легальної точки зору)? Це стосується й інших правовідносин, які виникають незалежно від волі їх учасників, наприклад, з актів цивільного законодавства, з актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування, з рішення суду тощо.

На методологічному рівні при зіставленні концепту ст. 1 ЦК України та ст. 11 ЦК України виникають два основні твердження. *Перше твердження* полягає в тому, що ЦК України має ваду системного характеру, а саме в ст. 1. Це пояснюється тим, що однією з важливих ознак цивільних відносин, що виступають предметом цивільного права, є наявність у момент їх заснування волевиявляючої волі їх учасників. Відповідно, за таких обставин ст. 1 ЦК України закріплює концепт, за яким сфера цивільного права упорядковує лише ті цивільні відносини, які виникають за волею їх учасників всупереч ст. 11 ЦК України та інших положень ЦК України, в яких встановлено, що цивільні права та обов'язки можуть виникати незалежно від волі їх учасників.

Відповідно, в ЦК України існує незбіг певних концептуальних підходів. Тобто якщо ст. 11 ЦК України допускає поділ юридичних фактів за вольовим критерієм на юридичні дії та юридичні події, то в ст. 1 ЦК України таку класифікацію не проведено, а відображено лише один її елемент – юридичні дії. І то тільки ті, які охоплюються розумінням «вільне волевиявлення». Але тоді підхід ст. 1 ЦК України може створити проблеми щодо визначення тих відносин, які виникають не за волею їх учасників. Особливо в тому аспекті, що їх зміст, як зазначено в ЦК України, становлять цивільні права та обов'язки. Тобто, такі собі не цивільні відносини з цивілістичним змістом. Відповідно, тоді виникає болюче запитання: які це відносини – цивільні чи нецивільні? Проте за таким підходом не досить зрозуміло, навіщо в законодавстві проведено таку складну регуляцію, яка в певних його аспектах позбавлена будь-якої логіки, і які норми слід застосовувати: цивільні чи не цивільні.

Друге твердження полягає в тому, що в ЦК України немає ніяких вад системного характеру, оскільки концептуально в ст. 1 ЦК України (як загальна норма) та в ст. 11 ЦК України (як спеціальна норма) така класифікація юридичних фактів за вольовим критерієм на юридичні дії та юридичні події не проводиться. Застосовується дещо інший підхід, який передбачає, що всі юридичні факти є вольовими. А, відповідно, концептуально

застосовано не класифікаційний, а моністичний підхід, за яким усі юридичні факти за вольовим критерієм зводяться до одного.

Слід сказати, що в науці цивільного права є різні класифікації юридичних фактів, проте найбільш значущих і таких, що визнаються більшістю вчених, – чотири. С. С. Алексєєв виокремив чотири основні кваліфікуючі критерії щодо систематизації юридичних фактів, а саме: 1) наслідки, до яких приводить юридичний факт (правовстановлюючі, правозмінюючі та правоприпиняючі); 2) форма юридичних фактів (позитивна і негативна); 3) характер дії юридичного факту (факти обмеженої (одноразової) дії і факти-стани); 4) характер зв'язку факту з індивідуальною волею осіб (юридичні події і юридичні дії).

При цьому, на думку О. О. Красавчикова, класифікація юридичних фактів, яка заснована на «вольовому» критерії, є головною класифікацією, яка враховує характерні риси і сутність класифікованого предмета, покликана служити визначенню сутності та юридичної природи кожного окремого юридичного факту. Така класифікація в науці цивільного права є загальновизнаною та такою, що не тільки визнається надбанням цивільного права, але її існування навіть не піддається сумніву. Стосовно цієї класифікації існують два основні підходи. Перший підхід заснований на дихотомічному поділі юридичних фактів за вольовим критерієм на: 1) юридичні дії та юридичні події (Ю. К. Толстой, С. С. Алексєєв, О. О. Красавчиков, Г. Ф. Шершеневич, В. М. Протасов, М. О. Рожкова, І. В. Жилінкова, Є. О. Мічурін, М. К. Сулейменов); 2) юридичні факти-дії та юридичні факти-події (Ю. І. Чалий); 3) дії та події (Є. В. Васьковський, В. Б. Ісакова, Р. Б. Шишка, В. М. Самойленко, М. І. Матузов, М. І. Абдулаєв, І. В. Кушнір, А. В. Каструба, М. Д. Пленюк); 4) діяння (дія або бездіяльність) та події (С. С. Алексєєв, С. І. Архипов, В. М. Корельський, В. І. Леушин, В. Д. Перевалов, О. О. Пучков, Р. К. Русінов, О. П. Семітко, М. М. Тарасов, А. С. Шабуров, В. С. Нерсисянц); 5) події та вчинки (С. Г. Зубанова).

Другий підхід, заснований на трихотомічному поділі такої класифікації на: 1) правові події, правові діяння (дії та бездіяльність) та стани (В. С. Афанасьєв та Н. Л. Гранат); 2) події, діяння та стани (С. І. Мітіна, О. В. Мелехін, А. К. Стальгевіч, О. А. Явор, О. Є. Рябов, Л. О. Чеговадзе); 3) події, дії та юридичні обставини (О. С. Іоффе).

На противагу цим підходам дещо радикальну та авторську концепцію висунув С. А. Зінченко. За його підходом, будь-які події самі по собі байдуужі праву. Вони набувають правового сенсу лише в результаті їх юридичного «препарування», вчинення певних юридичних дій (вольових і свідомих), в результаті яких вони тільки набувають тієї чи іншої ролі в правовому регулюванні. У цьому сенсі ніякі події самі по собі не можуть породжувати, змінювати або припиняти правовідносини. Ця роль покладається лише на вольові акти. Настання події (смерть, народження людини, сплив строку тощо) – це фізичні, біологічні, хімічні та інші явища, що як умови тільки спонукають відповідних суб'єктів сформувати у зв'язку з цим вольовий акт як юридичний факт. Тому, на думку вченого, смерть, народження, сплив строку тощо – це лише передумови для формування вольового акту як юридичного факту, що породжує або припиняє певні правовідносини. Тобто С. А. Зінченко всі юридичні факти звів до юридичних дій, чи вольових актів. Ці дії він поділяє на правомірні і неправомірно-правомірні (досить алогічне застосування словосполучень), між якими, як зазначає М. К. Сулейменов, виявляється, немає чіткої межі, оскільки всі складові різновиди юридичних фактів (нормативні юридичні факти (акти), акти (факти) стану, конкретні юридичні факти) можуть бути як правомірними, так і неправомірно-правомірними.

Щодо зведення всіх юридичних фактів за вольовим критерієм до одного, то спробуємо змодельувати своє бачення з огляду на нормативно закріплений підхід у ст. 1 ЦК України. Для цього концептуально необхідно застосувати метод альтернативи та деякі закони логіки. Отже, за таких обставин слід визнати, що подій як юридичних фактів у цивільному праві не існує. Принаймні, в такому концептуальному підході цивільне право не повинно бачити їх як юридичні факти. Бо не вони створюють цивільні правовідносини. Події реальної дійсності є лише передумовою виникнення цивільних відносин, а дії їх учасників є підставою. Тому обставини реальної дійсності, які в науці цивільного права називаються юридичними подіями (як явища реальної дійсності, перебіг яких відбувається незалежно від волі людей), насправді слід розглядати в межах юридичних дій, оскільки цивільних відносин без волі не існує. Всі вони є вольовими, а поділяти їх слід на правомірні юридичні дії та неправомірні юридичні дії. Далі класифікація вказаних елементів може проводитись за класичною схемою, тобто правомірні юридичні дії поділяються на юридичні вчинки та юридичні акти, а останні – на адміністративні акти та правочини. Щодо місця у цій класифікації тих юридичних фактів, які у загальноприйнятому підході називаються абсолютними та відносними юридичними подіями, то вони повинні охоплюватися правомірними та неправомірними юридичними діями. Так, природні явища, які у загальноприйнятому підході належать до абсолютних юридичних подій, мають розглядатися як такі, що лише створюють правові умови, передумови до вступу в цивільні відносини, а вольові дії учасників – до виникнення цивільних відносин. Щодо відносних юридичних подій, то оскільки саме дії людини і призвели до виникнення певних обставин, то наслідки, які хоч і не підвладні людині, а отже, ті, що розвиваються незалежно від волі людини, мають розглядатися як такі, що не мають ніякого юридичного значення.

Але за таким підходом слід перебудувати не тільки весь ЦК України, а й концепцію самої правової держави з демократичної, соціальної та правової держави на тоталітарну, оскільки, наприклад, уся власність має підлягати реєстрації. Припинення та виникнення права власності має бути пов'язане з внесенням у певний реєстр відповідного запису. Все це можна продовжувати і далі, але це безглуздо.

Отже, можна констатувати, що концепт ст. 1 ЦК України визначив, що всі цивільні відносини виникають із вольових дій. Відповідно, це вказує на те, що всі юридичні факти в цивільному праві за вольовим критерієм зводяться до одного. У той же час усі інші норми ЦК України будуються концептуально на іншій класифікації юридичних фактів за вольовим критерієм на юридичні дії та юридичні події. Підтвердженням цьому є, наприклад, ч. 6 ст. 11 ЦК України, в якій зазначено, що підставою виникнення цивільних прав та обов'язків може бути настання або ненастання певної події. Це стосується і ст. 49, 251–253, 263, 530, 979, 1078 та 1212 ЦК України.

Отже, як бачимо, в ЦК України закладено різні концептуальні підходи до юридичних фактів за вольовим критерієм. Відповідно, така обставина потребує негайних змін у ЦК України. Оскільки загальновизнаною та перевіреною часом є класифікація юридичних фактів за вольовим критерієм на юридичні дії та юридичні події, то в ст. 1 ЦК України слід відмовитись від такого словосполучення, як «вільне волевиявлення».

Одержано 14.04.2017

Олексій Михайлович Шуміло,

*доцент кафедри правового забезпечення факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0506-4631>*

ЗАКОНОДАВЧЕ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ

У сучасному праві земля виступає як об'єкт різних за своїм змістом і характером правовідносин. Так, земля як територія держави є об'єктом конституційного [1, с. 551] та міжнародного права. Вона має економічну цінність і розглядається як самостійний об'єкт навколишнього природного середовища, індивідуалізується у вигляді земельної ділянки для присвоєння фізичними або юридичними особами, і тому виступає специфічним об'єктом земельного, цивільного, податкового, господарського, аграрного та інших галузей права.

Законодавче визначення земельної ділянки вперше було зроблено у ЗК України [2] та продубльовано у Законі України «Про оцінку земель» [3], як частини земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Наступним законодавчим актом, що запропонував дещо розширену дефініцію земельної ділянки, став ПК України [4], який визначив її у ст. 14 як частину земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, цільовим (господарським) призначенням та з визначеними щодо неї правами. Таким чином було розширено її поняття із урахуванням цільового (господарського) призначення.

Урядом України у Національному стандарті № 2 «Оцінка нерухомого майна» [5] дано найбільш повну дефініцію земельної ділянки – частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, визначеними щодо неї правами. Під час проведення оцінки земельна ділянка розглядається як частина земної поверхні і (або) простір над та під нею висотою і глибиною, що необхідні для здійснення земельних поліпшень.

Відомчий нормативний акт Держкомзему України у Тимчасових методичних вказівках щодо присвоєння кадастрових номерів земельним ділянкам для ведення державного земельного кадастру [6] визначає земельну ділянку як частину земної поверхні, яка має фіксовані геометричні та юридичні межі і є базовою одиницею кадастрового реєстру земель. Але зазначений орган державної влади не дотримується єдиного підходу до визначення земельної ділянки і через декілька місяців запроваджує визначення, яке відрізняється від попереднього, а саме: ділянка землі, на яку розповсюджуються гомогенні права власності (від грец. *ὁμοῦς* – рівний, однаковий) і яка являє собою єдину власність, має фіксовані межі та характеризується певним місцем розташування, природними властивостями, фізичними параметрами, правовим і господарським статусом та іншими характеристиками, які є її суттєвими складовими [7]. В останньому визначенні застосовуються гомогенні права власності – мається на увазі, що на таку ділянку у повному обсязі може поширюватися право володіння, оренди та застави. Наприклад, право сервітуту, на відміну від гомогенних прав власності, поширюється лише на певну частину ділянки [8].

Цивілістична наука та практика базуються на визначенні, що надано у ст. 373 ЦК України, яка розглядає землю (земельну ділянку) як об'єкт права власності. Воно поширюється на поверхневий (грунтовий) шар у межах цієї ділянки, на водні об'єкти, ліси,

багаторічні насадження, які на ній знаходяться, а також на простір, що є над і під поверхнею ділянки, висотою та глибиною, які необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд. Власник земельної ділянки має право використовувати її на свій розсуд відповідно до її цільового призначення та може використовувати все, що знаходиться над і під поверхнею цієї ділянки, якщо інше не встановлено законом та якщо це не порушує прав інших осіб.

Іноземні вчені використовують схоже визначення, а саме – земельною ділянкою є будь-яка ділянка землі, включно із тією поверхнею, на якій розташовані будівлі або інші споруди, або під водою, що становить об'єкт будь-якої правомочності, володіння або сервітуту [9, с. 588].

Таким чином можна констатувати, що єдине легальне цивільно-правове визначення земельної ділянки відсутнє, оскільки поняття земельної ділянки як об'єкта – цивільного права; земельних правовідносин; землеустрою; державного кадастрового обліку – суттєво відрізняються між собою, є неідентичними. Але цивільне, поряд із земельним законодавством (у субсидіарному порядку), регулює відносини власності на земельну ділянку і становить єдиний міжгалузевий інститут, що використовується різними галузями права.

Проаналізувавши наведені вище галузеві поняття, можна користуватися загальним та розширеним визначенням земельної ділянки залежно від потреби. Щодо загального, то воно є і найбільш точним і тому слід застосовувати норми земельного законодавства, якими визначено земельну ділянку як **частину земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами.**

Додатковими ознаками для визначення земельної ділянки як спеціального об'єкта є її: цільове (господарське) призначення; простір над та під нею висотою і глибиною, що необхідні для здійснення земельних поліпшень; фіксованість геометричних та юридичних меж, що є базовою одиницею кадастрового реєстру земель; гомогенні права власності, тобто являє собою єдину власність; фіксовані межі та природні властивості; фізичні параметри, правовий і господарський статус; поверхневий (грунтовий) шар; водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які на ній знаходяться; простір, що є над і під поверхнею ділянки, висотою та глибиною, які необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд.

Як об'єкту цивільних правовідносин земельній ділянці властиві ті риси, такі юридичні властивості, які дозволяють охарактеризувати її як річ – предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки: а) **оборотоздатність**; б) **віднесення її законом до нерухомих речей, нерухомого майна, нерухомості**; в) **індивідуальна визначеність**; г) **можливість її віднесення як до подільних, так і до неподільних речей**; ґ) **неспоживаність**; д) **наявність правового зв'язку з іншими природними об'єктами, як її складовими.**

Земельні ділянки, володіючи перерахованими вище властивостями, включаються в господарський оборот і виступають в якості об'єктів різних майнових прав, як речових, так і зобов'язальних. Але слід наголосити на багатьох пробілах щодо правового регулювання земельної ділянки, як об'єкта правовідносин багатьох галузей права.

Список бібліографічних посилань:

1. Шуміло О. М. Конституційне право громадян на земельну ділянку у новітньому періоді історії. *Форум права*. 2008. № 3. С. 551–555. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/f-pdf/FP_index.htm_2008_3_83.pdf.

2. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27.

3. Про оцінку земель: закон України від 11.12.2003 № 1378-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 15. Ст. 229.

4. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 92. Ст. 3248.

5. Про затвердження Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна»: постанов Кабінету Міністрів України від 28.10.2004 № 1442. *Офіційний вісник України*. 2004. № 44. Ст. 2885.

6. Тимчасові методичні вказівки щодо присвоєння кадастрових номерів земельним ділянкам для ведення державного земельного кадастру: схвалено Протоколом науково-технічної ради Держкомзему України від 26.01.1998 № 1. *Землевпорядний вісник*. 1998. № 4.

7. Технічні вказівки щодо визначення меж земельних ділянок спільної та спільної часткової власності фізичних і юридичних осіб на забудованій території у населених пунктах: від 18.05.1998. *Землевпорядний вісник*. 1998. № 4.

8. Cadastral parcel // European Commission INSPIRE Registry. URL: <http://inspire.ec.europa.eu/theme/cp:2> (accessed: 28.03.2017).

9. McKenzie J.-A., Philips M. Textbook on Land Law. Oxford: Oxford University Press, 2006. 623 p.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.131

Світлана Вадимівна Ясечко,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4058-9959>

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОПОРОДЖУЮЧИХ ОДНОСТОРОННІХ ПРАВОЧИНІВ З НЕМАТЕРІАЛЬНИМИ БЛАГАМИ

Щодо правопороджучих односторонніх правочинів з нематеріальними благами, склалися не однакові погляди. Так, зокрема, під нематеріальними благами, ми розглядаємо об'єкти перераховані в главі 15 Цивільного кодексу України, а саме, до групи нематеріальних благ входять результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, особисті немайнові блага. Специфіка особистих немайнових відносин опосередковується механізмом їх правового регулювання немов би «автоматично» та уніфіковано для всіх категорій їх учасників. На думку вчених [1, с. 259] правопороджучими юридичними фактами, а відтак активуючими регламентаційний вплив механізму правового регулювання особистих немайнових відносин, є народження людини та закон. Інші дослідники вважають, що подібне визначення кола підстав виникнення особистих немайнових правовідносин досить абстрактне [2, с. 130] та неповне [3, с. 67]. З цього приводу С. О. Сліпченко [3, с. 67], зазначає, якщо право виникає не з народженням чи не на підставі закону, то чи можна, при наявності необхідних ознак визнати його особистим немайновим [4]. По-друге, якщо впорядкування особистих немайнових відносин за допомогою механізму їх правового регулювання дійсно уніфіковано для всіх категорій учасників, то необхідно перевірити чи

є народження (створення) суб'єкта та закон основними правопороджуючими юридичними фактами і для юридичних осіб. По-третє, якщо народження та закон – це основні підстави виникнення особистих немайнових правовідносин, то виникає потреба встановлення інших, неосновних підстав, на наявність яких інколи вказують у юридичній літературі [1; 2]. Отже, стверджується, що до кола правопороджуючих юридичних фактів входять і інші юридичні факти [1, с. 375–376], а саме коло повністю охоплюється загальними положеннями виникнення цивільних прав та обов'язків, які закладені в ст. 11 ЦК України [2, с. 130–131]. Тому, як односторонні правочини так і правочини взагалі, можуть бути правопороджуючими не лише таких нематеріальних благ як результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформації, але і деяких особистих немайнових благ.

Правопороджуючі односторонні правочини є підставою для виникнення нових правовідносин. Правопороджуючі односторонні правочинами є, наприклад, складання заповіту, як приклад одностороннього правочину, що породжує зобов'язання, можна назвати оголошення конкурсу про написання п'єси. Якщо п'єса буде відповідати всім умовам конкурсу, то той, хто його оголосив, повинен виконати обов'язки, які встановлені в умовах конкурсу (поставити спектакль за п'єсою, сплатити винагороду) [5, с. 40]. Таким чином К. П. Шкрібляк визначає помірні класичних зразків односторонніх правочинів, ЦК містить досить багато положень щодо інших дій учасників правовідносин, які можуть розглядатися як односторонні правочини, як підстави виникнення правовідносин: ч. 2 ст. 28 ЦК – набуття права на псевдонім; ч. 2 ст. 31 ЦК – набуття немайнових прав інтелектуальної власності; ст. 309 ЦК – зайняття літературною, художньою, науковою та технічною діяльністю та створення результатів творчої, інтелектуальної та іншої діяльності, набуття на них прав інтелектуальної власності. Хоча написання картини художником [6, с. 267] можна розглядати у контексті вчинку, поміж тим, їх створення є правочиною, зокрема, одностороннім. В іншому разі ми повинні були б обґрунтувати включення у ч. 2 ст. 11 ЦК вчинків як підстав виникнення цивільних прав та обов'язків [5, с. 40].

На думку В. І. Серебровського, заповітом є розпорядження громадянина на випадок смерті щодо належного йому майна, зроблене в установленій законом формі, також, автор допускав, що у заповіті можуть міститися деякі розпорядження немайнового характеру (наприклад, щодо місця поховання) [7, с. 114–117]. Б. С. Антімонов та К. А. Граве дійшли висновку, що заповіт – це особисте розпорядження громадянина на випадок його смерті про перехід за спадком майнових та особистих немайнових прав до призначених ним спадкоємців, вчинене у межах, що допускаються законом, та у встановленій законом формі [8, с. 139].

Тобто, хоча смерть фізичної особи зазвичай розглядається як підстава припинення особистих немайнових прав, аналіз цивільного законодавства України, юридичної літератури, свідчить, що з нею пов'язано і виникнення деяких особистих немайнових правовідносин. Зокрема, смерть фізичної особи є правопороджуючим юридичним фактом-подією для посттанативних особистих немайнових прав (від лат. «post» – після, та «thanatos» – смерть), тобто суб'єктивні цивільні права, які виникають або продовжують існування після смерті фізичної особи [2, с. 525–534].

Як зазначає Р. О. Стефанчук за своїм цільовим спрямуванням (метою) окремі із вказаних прав мають на меті виключно захист порушених прав померлої фізичної особи (право на спростування, право на відповідь тощо), решта з них, спрямовані як на подальше здійснення вказаних прав, так і на їх захист [2, с. 525–534]. Ми повністю солідаризуємось із думкою С. О. Сліпченко, який вказує, що з порушенням особистих немайнових

прав виникає обов'язок і відповідна йому правова вимога компенсації моральної шкоди (у разі її появи), поновлення порушеного особистого немайнового права, спростування недостовірної інформації (у разі її поширення), припинення протиправної поведінки тощо. І якщо виходити із двочленної структури суб'єктивного права, то право на захист і кореспондуючий йому обов'язок, які складають зміст охоронних правовідносин, виникають з моменту вчинення учасником особистих немайнових відносин правопорушення. Більше того, саме поняття «правопорушення» походить від словосполучення «порушення права», а значить, якщо відсутнє право у непорушному стані, то і порушувати нічого, що вказує на неможливість виникнення правопорушення як такого. І навпаки, якщо якісь дії визнаються правопорушенням, то це вказує на те, що спочатку існували правовідносини у непорушному стані, тобто на наявність регулятивних особистих немайнових правовідносин. Потім відбулося втручання у формування та нормальний розвиток регулятивних особистих немайнових правовідносин. Як наслідок, – виникли охоронні особисті немайнові правовідносини [3, с. 427].

Таким чином, твердження, що народження особи та закон є єдиними або навіть основними правостворюючими юридичними фактами, є хибним. По-перше, особисті немайнові права виникають на підставах, передбачених законом, але не із закону. По-друге, народження людини – це не тільки не єдиний, а навіть не основний правопороджуючий юридичний факт, серед них є односторонній правочин.

Список бібліографічних посилань:

1. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2007. 438 с.
2. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія/відп. ред. Я. М. Шевченко. Київ: КНТ, 2008. 626 с.
3. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія. Харків: Діса плюс, 2013. 552 с.
4. Толстой В. С. Личные неимущественные правоотношения. Изд-во Акад. повышения квалификации и проф. переподготовки работников образования, 2009. URL: <http://www.lawmix.ru/commlaw/321>.
5. Шкрібляк К. П. Односторонні правочини у нотаріальній та судовій практиці: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2014. 198 с.
6. Цивільне право України: підручник: у 2 кн./О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. 2 вид., допов. і перероб. Київ: Юрінком Інтер, 2004. Кн. 1. 736 с.
7. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному праву и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М.: Статут, 2003. 558 с.
8. Антимонов Б. С., Граве К. А. Советское наследственное право. М.: Госюриздат, 1955. 264 с.

Одержано 23.04.2017

УДК 347.633.5

Ірина Анатоліївна Боровська,

*старший викладач кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук*

ПАТРОНАТ НАД ДИТИНОЮ ЯК ФОРМА ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ І ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Поряд з класичними формами влаштування дітей, які залишилися без батьківського піклування, такими як усиновлення та встановлення опіки і піклування, у законодавстві України закріплено альтернативні форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. До них відносяться патронат над дитиною, прийомна сім'я і дитячий будинок сімейного типу.

Відповідно до ст. 252 СК України патронат над дитиною – це тимчасовий догляд, виховання та реабілітація дитини в сім'ї патронатного вихователя на період подолання нею, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин.

Ознаками цієї форми влаштування дитини є: а) тимчасовий (короткостроковий) характер, обумовлений загальним терміном перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя не більше шести місяців (ч. 6 ст. 252 СК України); б) метою такої форми влаштування дитини є не створення сім'ї, а тимчасовий догляд, реабілітація дитини в сім'ї патронатного вихователя на період подолання нею, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин, а тому патронат над дитиною не є перешкодою для застосування інших форм влаштування дитини (ч. 1 ст. 252 СК України); в) підставою для виховання дитини в сім'ї патронатного вихователя є укладення договору між патронатним вихователем та органом опіки і піклування (ч. 1 ст. 253 СК України); г) патронатний вихователь здійснює свою діяльність щодо виховання дитини за трудовим договором, укладеним з бюджетною установою соціального захисту населення, до якої він зараховується на роботу за визначенням відповідної місцевої державної адміністрації або місцевої ради (ч. 7 ст. 252 СК України); ґ) встановлення патронату над дитиною не призводить до виникнення взаємних особистих немайнових та майнових права і обов'язків між патронатним вихователем та дитиною у такому ж обсязі, який мають батьки щодо дитини як це, наприклад, передбачено законодавством України щодо усиновлювача і усиновленого (ч. 3–5 ст. 232 СК України); д) між патронатним вихователем і дитиною не виникає аліментних зобов'язань; е) встановлення патронату над дитиною можливе до досягнення нею повноліття, що впливає із сутності правового статусу дитини (ч. 1 ст. 6 СК України); є) патронатний вихователь отримує плату за виховання дитини у своїй сім'ї (ч. 1 ст. 256 СК України); ж) батьки дитини не звільняються від обов'язку щодо її утримання (ч. 2 ст. 256 СК України); з) патронат над дитиною припиняється у разі повернення дитини до її батьків, інших законних представників, а також встановлення щодо неї інших форм влаштування (ч. 2 ст. 253 СК України).

Слід підкреслити, що патронат над дитиною у чинній редакції СК України запроваджується виключно як тимчасова (короткострокова) форма влаштування дитини і має за мету не сімейне виховання (як передбачалося у СК України до внесення змін Законом України № 936-VII від 26.01.20016 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів

Україні щодо посилення соціального захисту дітей та підтримки сімей з дітьми»), а є оперативною допомогою, що надається задля подолання дитиною, її батьками або іншими законними представниками складних життєвих обставин.

Така законодавча конструкція патронату над дитиною є новелою Сімейного кодексу України і значно відрізняється від тієї, що існувала раніше, оскільки до внесення відповідних змін патронат над дитиною розглядався як одна із сімейних форм виховання дітей із їх визначеним правовим статусом, – дітей-сиріт або дітей, позбавлених батьківського піклування, що запроваджувалася нарівні з опікою (піклуванням), прийомною сім'єю, дитячим будинком сімейного типу та тривала до досягнення дитиною повноліття без обмеження терміну її перебування у сім'ї патронатного вихователя.

На сьогодні, для влаштування дитини у сім'ю патронатного вихователя не є обов'язковим попереднє надання їй правового статусу дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування як це передбачено для інших форм влаштування відповідної категорії дітей, таких як усиновлення, встановлення опіки і піклування, прийомної сім'ї, дитячого будинку сімейного типу.

Таким чином, патронат над дитиною може використовуватися як проміжний етап для її подальшого влаштування у прийомну сім'ю, будинок сімейного типу, а також як механізм швидкого реагування на порушення прав дитини і, водночас, надання спеціальної послуги дитині і її батькам, іншим законним представникам у період кризових ситуацій, наприклад тяжкої хвороби батьків, жорсткого поводження з дитиною, неможливість виховання дитини та здійснення догляду за нею у разі настання непередбачуваних обставин, існування інших несприятливих умов для виховання дитини.

Про доцільність внесення відповідних змін у законодавство неодноразово висловлювалися науковці у галузі сімейного права. Так, на їх думку влаштування дитини до сім'ї патронатного вихователя має відбуватися не тільки тоді, коли вона залишилася без батьківського піклування, але й тоді, коли вона проживає у сім'ї своїх батьків, але з тих чи інших причин опинилася в несприятливих умовах [1, с. 86–88]. Таке бачення розширить поняття патронату, дозволяючи застосовувати його до будь-яких відносин, пов'язаних з наданням соціальної допомоги дитині [2, с. 435].

Аналіз частин 1, 2 ст. 251, частин 1–3 ст. 254 СК України дозволяє дійти висновку, що для влаштування дитини у сім'ю патронатного вихователя необхідним є дотримання таких умов, як-от:

1. Попереднє проходження патронатним вихователем спеціального курсу підготовки для надання послуг з догляду, реабілітації і виховання дитини;
2. Письмова згода на влаштування дитини у сім'ю патронатного вихователя всіх повнолітніх членів сім'ї патронатного вихователя, які проживають разом з ним, а також його дітей, які досягли віку, коли вони можуть самостійно висловлювати свою думку;
3. Укладення договору про патронат над дитиною (влаштування дитини у сім'ю патронатного вихователя) між органом опіки і піклування і патронатним вихователем;
4. Згода дитини, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити, на влаштування її в сім'ю патронатного вихователя;
5. Письмова згода батьків, інших законних представників на влаштування дитини у сім'ю патронатного вихователя за винятком відбирання у них дитини, відсутності відомостей про місце їх перебування, а також за наявності безпосередньої загрози життю чи здоров'ю дитини.
6. Письмова згода батьків матері, батька дитини, якщо вони є неповнолітніми.

При цьому у чинному законодавстві не конкретизуються вимоги та обмеження щодо особи патронатного вихователя як це передбачено для інших осіб, що здійснюють діяльність з виховання відповідної категорії дітей, за винятком необхідності проходження спеціального курсу підготовки для можливості провадження діяльності з виховання дитини у своїй сім'ї (ч. 2 ст. 252 СК України). Так, у законодавстві містяться спеціальні вимоги до особи усиновлювача (ст. 211 СК України) та опікуна (піклувальника) (ч. 1, 2 ст. 244 СК України, ст. 63, 64 ЦК України). Статтею 212 СК України встановлений перелік осіб, які не можуть бути усиновлювачами. Зазначена вимога поширюється також на опікуна, піклувальника, прийомних батьків, батьків-вихователів, що передбачено змістом положень ч. 3 ст. 244, ч. 3 ст. 256-2, ч. 3 ст. 256-6 СК України, які мають відсильний характер до ст. 212 цього кодексу. Хоча у попередній редакції СК України (до внесення змін Законом України № 936-VII від 26.01.20016 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення соціального захисту дітей та підтримки сімей з дітьми») подібні законодавчі обмеження були встановлені також для патронатного вихователя.

На наш погляд, вилучення законодавцем із СК України обмежень щодо можливості бути патронатним вихователем є невиправданим, навіть, зважаючи на короткостроковість такої форми влаштування дитини, оскільки це протирічить загальним засадам регулювання відносин, пов'язаних з забезпеченням прав та інтересів дітей, які потребують особливого захисту і догляду.

Враховуючи зазначене, патронат над дитиною є формою оперативного реагування на порушення прав дитини, має спрощену процедуру її влаштування у сім'ю патронатного вихователя, оскільки не передбачає попереднього надання дитині правового статусу дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування. Патронат над дитиною є виключно короткостроковою формою влаштування дітей, які залишилися без батьківського піклування або потерпають від несприятливих умов виховання у власній сім'ї, що склалися внаслідок тяжких життєвих обставин. Головною функцією патронату над дитиною є швидке вирішення питання забезпечення дитини, правовий статус якої є невизначеним, доглядом та вихованням.

Список бібліографічних посилань:

1. Кияниця З. П. Сімейний патронат: перші кроки впровадження в Україні. *Соціальна робота в Україні: теорія і практика*. 2011. № 1/2. С. 86–88.
2. Сімейне право України: підручник/Т. В. Боднар, В. С. Гопанчук, О. В. Дзера та ін.; за заг. ред. Т. В. Боднар та О. В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 520 с.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.511

Ірина Василівна Бурлака,

*суддя апеляційного суду Харківської області,
кандидат юридичних наук*

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ БЕЗ ВИНИ

Юридична характеристика зобов'язань з відшкодування шкоди, що виникають «незалежно від вини», є різновидом більш загальної категорії – зобов'язань із відшкодування шкоди. Закономірно, що видовій категорії властиві усі ознаки родової.

Так само, як і в усіх інших зобов'язаннях з відшкодування шкоди, у зобов'язаннях, що виникають «незалежно від вини», боржником є заподіювач шкоди (якого ще називають делінквентом), а кредитором – потерпілий, тобто особа яка зазнала шкоди. Предметом зобов'язання є дії заподіювача щодо відновлення майнового становища потерпілого або надання йому справедливої компенсації за завдану моральну шкоду.

Змістом зобов'язання в такому разі є право потерпілого вимагати відшкодування і обов'язок заподіювача таке відшкодування надати. Звідси слідує, отже, що відповідне зобов'язання має аналагматичний (односторонній) характер. Будь-яке зобов'язання є правовідношенням (ст. 509 ЦК України), а правовідношення, як відомо, поділяються на регулятивні та охоронні (інколи їх ще називають «захисні». Критерієм розподілу, при цьому, як зауважується в літературі, є «здатність до примусового здійснення: *регулятивні* права та обов'язки не можуть бути здійснені примусово, тоді як *охоронні* – забезпечено можливістю примусової реалізації» [1, с. 293–294]. Коли точніше, то «регулятивні права та обов'язки містять можливість примусового здійснення не реально, а лише *exhypotesi* в разі порушення... Реально така можливість виникає лише з фактом порушення суб'єктивного права, що й знаменує собою початок охоронних правовідносин» [1, с. 294].

Слід погодитися з Л. М. Барановою, яка зазначає, що ...право потерпілого (кредитора) на відшкодування завданої шкоди і відповідний обов'язок правопорушника (боржника) становлять зміст охоронного правовідношення [2, с. 259]. Такої ж точки зору дотримується і Ю. В. Мица, котрий зазначає що ...деліктне правовідношення виникає через факт завдання недовірої шкоди й характеризується безпосередньою і реальною (в значенні – не потенційною) примусовістю, спрямованою на відновлення того балансу інтересів сторін, який існував у рамках регулятивного правовідношення до моменту завдання шкоди. Таким чином, деліктне зобов'язання є класичним охоронним правовідношенням [3, с. 550]. Поза всяким сумнівом, вищесказане стосується повною мірою і зобов'язань з відшкодування шкоди (деліктних зобов'язань), що виникають «незалежно від вини».

Разом з тим чимало дискусій виникало з приводу того, чи можна зобов'язання з відшкодування шкоди, які виникають «незалежно від вини» вважати цивільною відповідальністю. Таке, на перший погляд, теоретичне питання насправді має важливе практичне значення у контексті застосовності окремих положень Основного Закону України. Так, відповідно до ст. 58 Конституції України «закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони скасовують або пом'якшують *відповідальність особи*»; відповідно до ст. 61 «ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної *відповідальності* одного виду за одне й те саме правопорушення»; відповідно до п. 22 ст. 92 «засади цивільно-правової *відповідальності* визначаються виключно законами». Вочевидь, що від того, чи є обов'язок відшкодувати шкоду, який виникає «незалежно від вини», цивільною відповідальністю, вирішально залежатиме можливість застосування до такого обов'язку вищенаведених положень Конституції.

Деякі вчені, доволі своєрідно інтерпретуючи вислів «без вини немає відповідальності», вважали, що відповідальністю слід визнавати лише такий обов'язок відшкодування, який покладається на особу тільки за наявності її вини. Однак, на наш погляд, до відповідальності варто відносити усі ті випадки, коли як наслідок порушення суб'єктивного права іншої особи порушник зазнає нееквівалентного майнового обтяження. Сутність такого обтяження полягає в тому, що особа позбавляється майна, яке їй належить *на законних підставах*, при цьому нічого взамін не отримуючи. Саме цим обов'язок відшкодувати шкоду відрізняється від обов'язку повернути, наприклад, *безпідставно набуте* майно (глава 83 ЦК України). «Відшкодування шкоди – зазначає О. О. Отрадна, – є мірою

відповідальності, у той час як обов'язок особи, що збагатилася, повернути набуте або збережене майно потерпілому не відноситься до мір відповідальності, оскільки у цьому випадку набувач (особа, що збагатилася) не зазнає ніяких додаткових майнових втрат» [4, с. 40]. «Можна однозначно стверджувати, – продовжує дослідниця в іншій роботі, – що якщо майнова сфера боржника після застосування до нього санкції як наслідку правопорушення не змінилася, застосовані міри не можна називати мірами відповідальності» [5, с. 156].

Оскільки зобов'язання з відшкодування шкоди, що виникають «незалежно від вини» є реакцією на факт порушення суб'єктивного цивільного права і внаслідок виконання такого зобов'язання боржник зазнає нееквівалентних майнових витрат, такі зобов'язання, слід відносити до зобов'язань у яких реалізується цивільно-правова відповідальність.

Інша важлива проблема, яка стосується усіх зобов'язань із відшкодування шкоди (в тому числі й тих, які виникають «незалежно від вини») полягає у з'ясуванні того, чи можна такі зобов'язання визнавати грошовими і на цій підставі застосовувати до них положення ст. 625 ЦК України про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань. Визначення поняття грошового зобов'язання надав Вищий господарський суд України в Постанові Пленуму від 17.12.2013 № 14 «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань». Відповідно до п. 1.1 цієї постанови грошовим є виражене в грошових одиницях (національній валюті України чи в грошовому еквіваленті в іноземній валюті) зобов'язання сплатити гроші на користь іншої сторони, яка, відповідно, має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Хоча зобов'язання з відшкодування збитків, здається, відповідає цьому визначенню, однак суди касаційної інстанції у роз'ясненнях і рішеннях неодноразово застерігали, що такі зобов'язання не є грошовими. Показовим у цьому плані є абзац другий п. 4 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду від 01.03.2013 № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки», у якому наголошено, що «положення статті 625 ЦК не застосовуються до відносин з відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, оскільки відшкодування шкоди є *відповідальністю, а не грошовим зобов'язанням, яке виникає з договірних зобов'язань*».

Наведена аргументація, на наш погляд, заслуговує критичної оцінки, адже, перше, судом розмежовується відповідальність і грошове зобов'язання, хоча, на практиці цивільна відповідальність якраз-таки й реалізується переважно через грошове зобов'язання; по-друге, ст. 625 ЦК України розташована в розділі першому книги п'ятої (Загальні положення про зобов'язання), а, отже, має застосовуватися до всіх зобов'язань, незалежно від того, є вони договірними чи недоговірними.

Разом з тим є й інші обставини, котрі, на перший погляд, заважають визнанню грошового характеру зобов'язань з відшкодування шкоди. Перша – це те, що відповідно до ч. 4 ст. 22 та ст. 1192 ЦК України шкода може бути відшкодована не лише у грошовій формі, але й у натурі. При цьому спосіб відшкодування визначає потерпілий. Звідси, доки потерпілий не визначиться щодо того, вимагатиме він сплати збитків чи залагодження шкоди в натурі – доти й не можна визначити характер зобов'язання як грошового або ж не грошового. Друга обставина полягає в тому, що визнання зобов'язань з відшкодування шкоди грошовими породжує ще одне питання – з якого моменту таке зобов'язання виникає, адже для застосування статті 625 ЦК України необхідно констатувати, що боржник прострочив, а для цього, у свою чергу, потрібно визначити строк належного виконання.

Ці дві обставини тісно пов'язані між собою і стосуються важливого аспекту характеристики деліктних зобов'язань, а тому заслуговують на більш детальний розгляд. Так, у науці традиційно стверджується, що із моменту завдання шкоди у заподіювача виникає обов'язок її відшкодувати. Проте, на наш погляд, така точка зору є не зовсім точною. Річ у тім, що вимога про відшкодування шкоди для потерпілого є способом захисту (п. 8, 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України). Відповідно ж до статті 20 ЦК України право на захист особа здійснює на свій розсуд, тобто право на захист, як і будь-яке цивільне право, реалізується лише за ініціативою особи, чие право та інтерес порушені. Звідси слідує, що тільки від потерпілого залежить, пред'являтиме він вимогу до заподіювача шкоди про її відшкодування чи не пред'являтиме. Зважаючи на це, навряд чи можна стверджувати, що в заподіювача виникає обов'язок відшкодування навіть і в тому разі, коли потерпілий відшкодування не вимагає. Тому більш коректно, на нашу думку, говорити про те, що з моменту заподіяння шкоди виникає не обов'язок відшкодування цієї шкоди, а право вимоги на таке відшкодування. Поряд з цим, ст. 530 ЦК України, якою визначаються належні строки виконання зобов'язань, стосується усіх зобов'язань, незалежно від підстави їх виникнення. Немає підстав не застосовувати цю статтю і до зобов'язань з відшкодування шкоди.

З урахуванням зазначеного, вважаємо, що внаслідок факту заподіяння шкоди у потерпілого виникає право вимагати відшкодування такої шкоди в натурі або шляхом сплати збитків. У разі, якщо потерпілий обирає сплату збитків, зобов'язання з відшкодування шкоди є грошовим і підлягає виконанню боржником (заподіювачем) протягом семи днів з моменту пред'явлення вимоги за правилами частини другої ст. 530 ЦК України.

На користь грошового характеру зобов'язань із відшкодування шкоди свідчить також практика Верховного Суду України (далі – ВСУ). У постанові від 01.10.2014 у справі № 6-113цс14 Верховний Суд зазначив таке. «...вироком Хмельницького міськрайонного суду від 22 червня 2009 року, який набрав законної сили, ОСОБА_9 визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ст. 190, 358 КК України, та призначено кримінальне покарання. Також цим вироком задоволено цивільний позов ОСОБА_8 про відшкодування заподіяної злочинним майнової та моральної шкоди й стягнуто з ОСОБА_9 на її користь 780 000 грн. Таке зобов'язання зводиться до сплати грошей, відтак, є грошовим зобов'язанням». На цій підставі ВСУ визнав законним і обґрунтованим застосування до зазначеного зобов'язання ст. 625 ЦК України.

Список бібліографічних посилань:

1. Карнаух Б. П. Сутність і явище цивільно-правової відповідальності. *Вісник Академії правових наук України*. 2012. № 2 (69). С. 287–299.

2. Баранова Л. Н. Возмещение имущественного вреда // Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов: монография/под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2014. С. 253–265.

3. Мыца Ю. В. Защита прав лиц в деликтных обязательствах // Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов: монография/под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2014. С. 549–557.

4. Отрадна О. О. Особливості співвідношення зобов'язань із завдання шкоди та зобов'язань із безпідставного збагачення. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2006. № 12. С. 37–42.

5. Отрадна О. О. Деліктна відповідальність: поняття, сутність та співвідношення із деліктним зобов'язанням. *Університетські наукові записки*. 2013. № 3 (47). С. 152–158.

Одержано 14.04.2017

Ела Валентинівна Вакулович,*доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6**Харківського національного університету внутрішніх справ,**кандидат юридичних наук;*ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7581-0524>**ОБОВ'ЯЗКИ ОРЕНДОДАВЦЯ ПРИ ПЕРЕДАЧІ МАЙНА
В ОРЕНДУ**

Враховуючи особливість мети договору оренди, а саме те, що орендар отримує майно лише у тимчасове користування, необхідно приділити достатньо уваги процесу та умовам передачі майна в оренду і його поверненню власникові, адже орендовану річ після припинення договору слід повернути орендодавцеві у тому ж самому стані, в якому вона й була одержана, з урахуванням звичайного зносу, тому всі недоліки речі бажано виявити ще при її отриманні в оренду, оскільки в іншому випадку можливо, що орендареві доведеться нести матеріальну відповідальність за наявність цих недоліків.

Порядок передачі майна у тимчасове користування за плату врегульований у чинному законодавстві Цивільним та Господарським кодексами України. У Господарському кодексі (далі – ГК) України йдеться про оренду майна у сфері господарювання. Але у п. 6 ст. 283 ГК України зазначено, що до відносин оренди застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу (далі – ЦК) України з урахуванням особливостей, передбачених ГК України. Таким чином, незалежно від того, у якого суб'єкта орендується рухоме (наприклад, автомобіль) чи нерухоме (наприклад, приміщення) майно, перевага при складанні договору оренди повинна віддаватися нормам ЦК України. Якщо майно береться в оренду у суб'єкта підприємництва, повинні також враховуватися норми ГК України.

Чинним законодавством визначаються вимоги до речі, яка може бути предметом договору оренди. Оскільки орендар, як було зазначено, є тільки тимчасовим користувачем і після закінчення строку договору або у випадку його дострокового розірвання зобов'язаний повернути наймодавцю в натурі те майно, що було отримане від останнього, то предметом договору оренди можуть бути лише індивідуально визначені, неспоживні речі, які не знищуються у процесі їх використання (ч. 1 ст. 760 ЦК України).

До переліку речей, які можуть передаватися в оренду, можуть бути віднесені земельні ділянки, будівлі, транспортні засоби, виробничі обладнання, рухомі речі побутового призначення тощо. Але при цьому слід враховувати існування встановлених законодавством обмежень та заборона передання в оренду окремих видів майна. Наприклад, об'єктом договору оренди не можуть бути речі, вилучені з цивільного обігу, а речі, обмежені в обігу, можуть здаватися в оренду тільки суб'єктам, які мають повноваження щодо використання таких речей [1, с. 15].

Також, згідно з ч. 1 ст. 283 ГК України майно, що передається в оренду, може використовуватися орендарем винятково для здійснення господарської діяльності, а тому за господарськими договорами оренди в користування може передаватися лише індивідуально визначене майно виробничо-технічного призначення або цілісний майновий комплекс, що не втрачає у процесі використання своєї споживчої якості. У ч. 3 ст. 283 ГК України прямо вказані можливі категорії об'єктів оренди за господарськими договорами, а саме: державні та комунальні підприємства чи їх структурні підрозділи як цілісні майнові

комплекси (тобто господарські об'єкти із завершеним циклом виробництва продукції, робіт або послуг, відокремленою земельною ділянкою, на якій розміщений об'єкт, та автономними інженерними комунікаціями і системою енергопостачання), нерухоме майно (будівлі, споруди, приміщення), а також інше окреме індивідуально визначене майно виробничо-технічного призначення, що належить суб'єктам господарювання. Згідно зі ст. 284 ГК України щодо об'єкта оренди як однією з істотних умов у договорі необхідно вказати склад і вартість майна з урахуванням його індексації.

Після того, як орендодавець та орендар визначили об'єкт оренди та узгодили інші істотних умов договору, орендодавець має виконати свій обов'язок відповідно до ст. 765 ЦК України, який полягає у своєчасній (негайній чи в строк, зазначений у договорі) передачі орендареві майна в користування. Згідно з ч. 1 ст. 767 ЦК України орендодавець зобов'язаний передати наймачеві річ у комплекті та у стані, що відповідають умовам договору оренди та її призначенню. В іншому разі орендодавець буде змушений нести відповідальність за недоліки переданого майна, які перешкоджають звичайній експлуатації, як за неналежне виконання зобов'язання. Наслідками відповідно до ст. 611 ЦК України може бути розірвання договору, зміна його умов, в тому числі, зменшення орендної плати, відшкодування збитків тощо.

Відповідно до ч. 2 ст. 767 ЦК України орендодавець повинен також попередити орендаря і про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна орендаря чи інших осіб або ж призвести до пошкодження самої речі під час користування нею. Виконання цього обов'язку звільнить орендодавця від відповідальності, якщо у подальшому орендареві буде заподіяно шкоду особливими властивостями або недоліками речі, переданої в оренду. Вчинене орендодавцем під час укладання договору застереження про недоліки речі буде для нього гарантією звільнення від відповідальності за наявність цих недоліків як за неналежне виконання зобов'язання (навіть передача в оренду приміщення, що потребує капітального ремонту, буде цілком правомірною за умови попередження про таку необхідність орендаря під час укладання договору). Також орендодавець не має обов'язку відповідати і за ті недоліки речі, які орендар може виявити під час огляду речі, що передається в оренду, адже ч. 3 ст. 767 ЦК зобов'язує орендаря у присутності орендодавця перевірити справність речі й ті явні дефекти, для виявлення яких достатньо звичайної уважної перевірки одержуваного в оренду майна. Якщо ж під час передачі речі орендар неякісно виконає цей обов'язок або взагалі не приділить цьому уваги, то річ буде вважатися такою, що передана йому в належному стані.

Положення ст. 768 ЦК України містять правило щодо можливості надання орендодавцем гарантії якості речі, переданої в оренду. Існування такої гарантії надає орендареві право у разі виявлення недоліків, що перешкоджають її використанню відповідно до договору, пред'явити до наймодавця на вибір орендаря однієї з альтернативних вимог: замінити річ, якщо це можливо, відповідного зменшення розміру плати за користування річчю, безоплатного усунення недоліків речі або ж відшкодування витрат на їх усунення чи розірвання договору і відшкодування збитків, які орендареві були завдані.

Особливо слід звернути увагу на передачу в оренду майна, яке обтяжене правами третіх осіб (наприклад, право застави), які не припиняються та не змінюються і в період дії договору оренди (наприклад, заставодержатель може звернути стягнення на заставлене майно незалежно від того, що після укладення договору застави заставодавець здав його в оренду). Але, враховуючи, що реалізація третіми особами своїх прав на передане в оренду майно може істотно вплинути негативним чином на інтереси орендаря,

орендодавець при укладенні договору повинен попередити орендаря про всі права третіх осіб на майно, що передається в оренду, інакше орендар вправі вимагати зменшення розміру орендної плати або ж розірвання договору та відшкодування збитків.

Щодо окремих видів оренди встановлено обов'язок складання документа, що засвідчує факт передавання майна. Але вбачається доречним, що передачу майна у користування слід фіксувати в юридично значимих документах [2, с. 80].

Список бібліографічних посилань:

1. Домбругова А. Умови передачі та повернення орендованого майна. *Юридичний вісник України*. 2005. С. 11–16.
2. Калаур І. Р. Повернення майна наймодавцю: окремі аспекти регулювання. *Право і суспільство*. 2015. № 2. С. 79–84.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.122

Оксана Михайлівна Гнатів,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Львівського державного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4161-8478>

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ ДЕРЖАВИ

У сучасному суспільстві держава бере участь у цивільних відносинах на рівні з фізичними та юридичними особами. У цьому контексті важливим є визначення нових форм та принципів взаємодії учасників цивільно-правових відносин, оскільки держава на рівні з іншими суб'єктами реалізує свої повноваження власника майна через уповноважені нею органи державної влади, а також створені нею юридичні особи публічного та приватного права. Одним із прикладів взаємодії держави та інших учасників цивільно-правових відносин є державно-приватне партнерство.

До прийняття спеціального законодавчого акту взаємовідносини держави з іншими суб'єктами у приватно-правовій сфері визначалися відповідно до загальних засад правового регулювання цивільних відносин, визначених у ст. 1, 3 ЦК України [1], який також визначає правові форми участі публічно-правових утворень у цивільних відносинах. Очевидним є те, що вступаючи у цивільні відносини, держава в особі уповноважених нею суб'єктів бере на себе зобов'язання дотримуватися засад юридичної рівності, вільного волевиявлення, майнової самостійності, які деталізуються в окремих принципах цивільного права, зокрема, неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя, неприпустимості примусового позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законами України, свободи договору та підприємницької діяльності, не забороненої законом, судовий захист цивільних прав та законних інтересів, справедливості, розумності та добросовісності.

Також держава як учасник цивільних правовідносин зобов'язана дотримуватися меж здійснення цивільних прав, визначених ст. 13 ЦК України. Таким чином, держава повинна не порушувати цивільні права та законні інтереси інших учасників цивільно-

правових відносин. Однак, законодавством можуть визначатися випадки, коли суспільним (публічним) інтересам надається пріоритетне значення над особистими (приватними) інтересами окремого учасника (учасників цивільних відносин). Такі винятки, зокрема, встановлені ЦК України. Йдеться про набуття права власності на скарб, що становить культурну цінність, викуп пам'ятки культурної спадщини, реквізицію та припинення права власності на нерухоме майно у зв'язку з викупом для суспільних потреб чи примусовим відчуженням з мотивів суспільної необхідності. У цьому випадку для забезпечення рівноваги суспільних (публічних) та приватних інтересів держава бере на себе зобов'язання компенсувати вартість майна в цілому або у певній його частині (якщо йдеться про скарб). Необхідно також зауважити, що припинення права власності у примусовому порядку з ініціативи держави в особі уповноважених нею органів можливе лише на підставі рішення суду, яке набрало законної сили і яким встановлено факт необхідності такого припинення права приватної особи, оскільки інакше існує загроза заподіяння шкоди суспільним інтересам.

Ще одним винятком, коли держава, не зважаючи на засади правового регулювання цивільних відносин, втручається у діяльність приватних осіб є ст. 53 Закону України «Про захист економічної конкуренції» [2]. Так, органи Антимонопольного комітету України мають право прийняти рішення про примусовий поділ (примусову реорганізацію) суб'єкта господарювання, який зловживає монопольним (домінуючим) становищем. Водночас, для забезпечення балансу суспільних (публічних) та приватних інтересів законодавець встановлює випадки, коли примусовий поділ не допускається, а також надає юридичній особі, щодо якої прийняте рішення про примусовий поділ, свободу здійснення такої реорганізації.

До винятку з принципу рівності учасників цивільних правовідносини також слід віднести законодавчу заборону застосування до казенних підприємств положень Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (ч. 5 ст. 2) [3]. Казенні підприємства створюються у передбачених законом випадках з метою задоволення публічних інтересів держави або суспільства (ст. 76 Господарського кодексу України [4]), тому їх діяльність у більшості випадків є збитковою. Однак, зважаючи на специфіку своєї діяльності казенні підприємства не можуть бути ліквідовані у примусовому порядку.

Правове регулювання цивільних відносин за участю держави в особі уповноважених нею органів або створених нею юридичних осіб зумовлює необхідність дотримання балансу публічних та приватних інтересів учасників цих відносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
2. Про захист економічної конкуренції: закон України від 11.01.2001. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 12. Ст. 64.
3. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: закон України від 14.05.1992. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 31. Ст. 440.
4. Господарський кодекс України: закон України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144.

Одержано 20.04.2017

УДК 341.241

Анна Михайловна Гниздовская,
*председатель Адвокатского объединения «ЮРИС ФЕРРУМ»,
кандидат юридических наук*

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРИНЦИПА КОНТРАКТНОЙ СТАБИЛЬНОСТИ В ПРОФЕССИОНАЛЬНОМ ФУТБОЛЕ

Планомерное развитие и функционирование трансферной системы в профессиональном футболе неразрывно связано с реализацией концепции контрактной стабильности, направленной на формирование финансовой привлекательности и снижение экономических рисков в данной сфере.

Концепция контрактной стабильности была разработана и введена в 2001 году Международной федерацией футбола (в русской транслитерации – ФИФА) и закреплена в соответствующих регламентных документах.

Принцип контрактной стабильности представляет собой обоюдную обязанность футболиста и футбольного клуба не нарушать условия заключенного между ними трудового договора (договора о спортивной деятельности) и не расторгать трудовой договор досрочно без обоснованных причин [1].

1. Анализируя природу и особенности реализации концепции контрактной стабильности в профессиональном футболе, можно сделать вывод, что контрактная стабильность уходит своими корнями к принципу римского частного права – «договоры должны соблюдаться» (*pacta sunt servanda*).

По своей сути, соблюдение принципа контрактной стабильности связано со следующими аспектами.

Во-первых, трудовой договор, заключенный между футбольным клубом и футболистом, не может быть разорван без уважительных и предусмотренных соответствующим регламентом причин.

Во-вторых, стороны договора (футбольный клуб и футболист) обязаны добросовестно и неукоснительно соблюдать условия трудового договора и выполнять свои обязанности по договору.

В-третьих, стороны договора (футбольный клуб и футболист) не имеют права заключать договора, противоречащие ранее заключенному между ними трудовому договору. В том случае, если футболист, например, заключил одновременно два договора с разными футбольными клубами, к нему будут применяться жесткие санкции как спортивного, так и финансового характера. Из спортивных санкций, например, можно выделить продолжительную дисквалификацию в конкретной национальной ассоциации, федерации или в определенных соревнованиях. В качестве санкции финансового характера выступает обязательная выплата компенсации стороной, не выполнившей или нарушившей условия договора.

В-четвертых, регламентные нормы футбольных ассоциаций, федераций прямо запрещают изменять договор, заключенный между футболистом и футбольным клубом, в одностороннем порядке. Более того, изменение условий договора в одностороннем порядке может привести к дисквалификации такой стороны и снятия её со всех соревнований, проводимых под эгидой соответствующей ассоциации, федерации.

В-пятых, возможность расторжения договора, заключенного между футболистом и футбольным клубом, предусмотрена лишь при условии наличия уважительных причин [1]. Такие причины могут быть как правового характера, так и спортивного. Например, в случае серьезного повреждения футболиста и необходимости по этой причине досрочно завершить спортивную карьеру.

В-шестых, при соблюдении условий договора, заключенного между футболистом и футбольным клубом, стороны должны руководствоваться требованиями добросовестности, сотрудничества и последовательности.

2. При реализации принципа контрактной стабильности в профессиональном футболе, национальные футбольные ассоциации, федерации должны руководствоваться наряду с регламентными нормами ФИФА нормами национального законодательства.

С этой целью национальные ассоциации, федерации имеют право имплементировать концепцию контрактной стабильности в свои локальные акты с учетом существующей национальной правовой системы и её особенностей.

В частности, Федерация футбола Украины (далее – ФФУ) разработала и приняла свой Регламент по статусу и трансферам футболистов, в котором содержатся нормы, регулирующие вопросы соблюдения договоров и ответственности в случае нарушения этих норм [2].

С целью реализации принципа контрактной стабильности, в Регламенте ФФУ по статусу и трансферам футболистов были закреплены следующие положения:

- обязательное соблюдение сторонами условий заключенных договоров (в частности, трудового договора);
- возможность расторжения договора любой из сторон без последствий только при наличии уважительной причины;
- возможность расторжения договора любой из сторон без последствий по уважительной спортивной причине;
- невозможности расторжения договора в течение футбольного сезона;
- обязательность выплаты компенсации в случае расторжения договора без уважительной причины и возможность установить размер и порядок выплаты такой компенсации в самом договоре;
- ответственности сторон за нарушение условий договора.

За нарушение принципов, составляющих контрактную стабильность, в профессиональном футболе применяются следующих виды дисциплинарных санкций:

- выплата компенсации (во всех случаях нарушения). По своей правовой природе подобная компенсация является неустойкой, предусмотренной нормами гражданского права;
- негативные спортивные и финансовые последствия, применяемые к футболисту за нарушение договора во время защищенного периода. К негативным спортивным последствием относится, например, дисквалификация игрока в национальных соревнованиях сроком до шести месяцев;
- негативные спортивные и финансовые последствия, применяемые к профессиональным футбольным клубам в случае нарушения договора о спортивной деятельности во время защищенного периода. К таким последствиям относится, например, запрет на регистрацию новых футболистов;
- спортивные и финансовые санкции к иным лицам, являющимися участниками отношений в сфере футбола, если они будут признаны виновными в расторжении трудового

договора без уважительных причин. В данном случае речь идет об ответственности футбольных посредников, пришедших на смену футбольным агентам. В том случае, если их признают виновными в «подстрекательстве» к расторжению договора между футболистом и футбольным клубом, к ним могут применяться значительные денежные штрафы [3].

3. Учитывая изложенные особенности реализации принципа контрактной стабильности в профессиональном футболе Украины, можно сделать вывод о том, что он, по своей природе, является гражданско-правовым и сходным с принципом стабильности гражданско-правового договора.

Во-первых, несмотря на то, что между футболистом и футбольным клубом заключается трудовой договор, расторгнуть его в порядке, предусмотренном трудовым законодательством, нельзя. Более того, это прямо запрещено соответствующими регламентными нормами ФФУ. Складывается ситуация, по которой трудовой договор расторгается, фактически, в порядке, предусмотренном для гражданских договоров.

В-вторых, контрактная стабильность неразрывно связана с таким принципом гражданского права, как принцип стабильности обязательств. Недопустимость изменения обязательства в одностороннем порядке и запрет на отказ от него одной из сторон без согласия второй стороны являются фундаментальными моментами в функционировании и стабильности трансферной системы профессионального футбола Украины.

В-третьих, изменение или расторжение договора, заключенного между футболистом и футбольным клубом, возможно только по соглашению сторон, если иное не предусмотрено самим договором или регламентами ФФУ. В договоре могут быть указаны особые условия его одностороннего расторжения, например, в том случае, если футболист самостоятельно выплатит предусмотренную в договоре сумму «отступных» (трансферную плату). Регламент ФФУ содержит перечень условий, которые считаются уважительными для расторжения договора, заключенного между футболистом и футбольным клубом. Например, если футбольный клуб снимается с соревнований, договора, которые с ним заключали футболисты, могут быть разорваны и футболистам присваивается статус «свободного агента».

В-четвертых, Регламент ФФУ предусматривает обязанность возмещения убытков (компенсации) той стороной, которая виновна в недобросовестном расторжении договора или его невыполнении. При этом допускается, что при заключении трудового договора стороны могут самостоятельно устанавливать размер компенсации, которая подлежит выплате в случае досрочного расторжения договора или несоблюдения его условий.

Список библиографических ссылок:

1. Регламент FIFA по статусу и переходам футболистов. URL: <https://www.fifa.com>.
2. Регламент ФФУ по статусу и трансферам футболистов (в редакции 2014 г.). URL: <http://pfl.ua>.

3. Васильевич В. П. Гражданско-правовое регулирование отношений в области профессионального спорта: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Казань, 2006. С. 6.

Одержано 17.04.2017

Марія Юрїївна Єфіменко,

адвокат, кандидат юридичних наук

ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ДЕРЖАВОЮ У СФЕРІ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Для виникнення деліктних правовідносин стосовно відшкодування шкоди у сфері нормотворчої діяльності держави, необхідною є наявність ряду юридичних фактів, при всій сукупності яких у особи виникає право на відповідне відшкодування. Поряд з цим, найважливішою серед цих умов, без яких деліктні відносини не можуть виникнути як такі – це заподіяння шкоди фізичним чи юридичним особам. При цьому, значення має не будь-яка шкода, що була завдана вказаним суб'єктам, а лише та, яка стала наслідком видання нормативно-правового акту, який у подальшому було визнано незаконним і скасовано. Передумовою визначення поняття та специфіки шкоди, завданої нормотворчою діяльністю органів державної влади, має стати осмислення шкоди як загальної цивілістичної категорії та її видів.

На сьогодні питанням шкоди та її видів у цивільному праві України була приділена достатня увага. Багато науковців намагалися запропонувати власні підходи до визначення категорії шкоди, її видів та сутності.

Можна виділити групу підходів, в яких акцент робиться на тому, що шкода – це певне обмеження благ особи, яка її зазнала. Так, О. О. Красавчиков розглядає шкоду в якості будь-якого знецінення блага, що належало конкретній особі [1, с. 354]. В якості зменшення майнових прав потерпілого визначає шкоду О. С. Иоффе [2, с. 9]. Натомість М. М. Агарков та Д. М. Генкін під поняттям шкоди розуміють обмеження не тільки майнових, а й немайнових благ [3, с. 328]. В. Т. Смирнов розглядає шкоду як несприятливі, негативні наслідки, які настають при порушенні чи обмеженні майнових чи особистих немайнових прав і благ, які належать потерпілому [4, с. 58]. Цікавим є і розуміння школи як негативного наслідку (результату) певної дії, що проявляється у зменненні або втраті (знищенні) певних благ (майнових чи немайнових), порівняно з тією ситуацією, коли б таких дій, що спричинили зменшення (втрату) взагалі не було [5, с. 112]. Отже, ці автори роблять акцент на тому, що шкода – це обмеження, порушення чи утиск особистих немайнових чи майнових прав чи благ особи.

Інша група авторів переносить акцент на порушення нормативних приписів, яке вже має своїм наслідком порушення чи обмеження певних прав і благ особи. Так, З. А. Флейшиц підкреслює, що шкодою є зменшення або знищення охоронюваного правом блага, які настали саме внаслідок неправомірних діянь [6, с. 20]. На думку Ю. С. Червоного, шкодою є будь-яке знецінення блага, що охороняється правом [7, с. 8]. Є. О. Суханов під шкодою розуміє всяке применшення матеріальних і нематеріальних благ, які охороняються законом [8, с. 393]. Безумовно, такий підхід є більш повним, оскільки враховує два важливих аспекти розуміння сутності шкоди у цивільному праві: по-перше, це применшення майнових чи немайнових благ особи; по-друге, ці блага мають охоронятися нормативними приписами і діянням правопорушника такого роду приписи порушуються.

При цьому, характер шкоди, яка заподіюється у разі вчинення того чи іншого делікту, є різною. К. О. Флейшиц відносила до об'єктів заподіяння шкоди різноманітні

матеріальні речі, а також нематеріальні блага – життя, здоров'я, ім'я, честь, авторство [9, с. 20] У найбільш загальному вигляді Н. М. Малєїн вказав, що шкода виражається у порушенні правопорядку, дезорганізації суспільних відносин і одночасно зменшенні, знищенні якого-небудь блага, цінності, суб'єктивного права, обмеженні користування ними, утисканні свободи поведінки інших суб'єктів [10, с. 89]. Він зазначав, що шкода – це насамперед соціальне поняття, невід'ємна ознака всякого правопорушення. Оскільки правопорушення заподіює шкоду суспільному правопорядку і може супроводжуватися порушенням суб'єктивних цивільних прав, остільки і наслідки правопорушення можуть мати самий різний характер, у тому числі матеріальний і нематеріальний, майновий і немайновий, вимірюваний і такий, що не підлягає оцінці, такий, що підлягає відшкодуванню і такий, що не може бути відшкодовано. Отут шкода уже визначається як сукупність негативних наслідків правопорушення [10, с. 89].

Виходячи з цих загальних положень, можна визначити такі особливі риси шкоди, завданої державою у сфері нормотворчої діяльності:

1) специфічна передумова завдання шкоди. Виходячи з формулювання ст. 1175 передумова виникнення шкоди у цьому випадку може бути двоякою. По-перше, це може бути заподіяння шкоди в результаті видання нормативно-правового акту, який потім було визнано незаконним і скасовано. По-друге, видання такого акту може і не спричинити шкоди відповідним особам, однак така шкода може завдана в результаті визнання нормативно-правового акту незаконним і його скасування. І в першій, і в другій ситуації можливим є звернення до суду за захистом своїх порушених прав на підставі ст. 1175 ЦКУ.

2) специфічні суб'єкти завдання шкоди – як вже було з'ясовано, це органи державної влади, які мають компетенцію щодо видання нормативно-правових актів;

3) така шкода, відповідно до ст. 1175 ЦКУ заподіюється незалежно від вини заподіювача;

4) особливий суб'єкт відповідальності – держава, яка несе відповідальність за дії державних органів, які є її невід'ємною частиною;

5) об'єктом такого роду делікту можуть виступати як особисті немайнові, так і майнові блага, яким може заподіюватися шкода.

Список бібліографічних посилань:

1. Советское гражданское право: учебник: в 2 т./под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. М.: Высш. шк., 1985. Т. 2. 456 с.
2. Иоффе О. С. Обязательства по возмещению вреда. Л., 1951. 515 с.
3. Гражданское право/под ред. М. М. Агаркова, Д. М. Генкина. М.: Юриздат, 1944. Т. 1. 419 с.
4. Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учеб. пособие. Л.: Изд-во ЛГУ, 1983. 152 с.
5. Кузьмін Д. Л. Обліково-правові аспекти збитків і шкоди. *Проблеми теорії та методології бухгалтерського обліку, контролю і аналізу*. 2007. Вип. 3. С. 112–127.
6. Флейшиц З. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М., 1951. 180 с.
7. Червоный Ю. С. Обязательства из причинения вреда в советском гражданском праве: учеб.-метод. пособие. Одесса, 1961. С. 51.
8. Гражданское право: в 2 т./отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2000. Т. 1. 720 с.; Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М., 1951. 260 с.
9. Малєин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., 1968. 207 с.

Одержано 28.04.2017

Богдан Петрович Карнаух,

асистент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук

БЕЗПІДСТАВНЕ ЗБАГАЧЕННЯ У ПРАВІ ДАВНЬОГО РИМУ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

У Дигестах читаємо: «за самою природою речей справедливо, щоб ніхто не збагачувався на шкоду іншому» (Dig. 12.6.14; 50.17.206). Проте ця сентенція Помпонія є занадто загальною. Насправді, в житті часто й густо одна особа примножує свій добробут за рахунок майна іншої – і такі випадки санкціонуються правом і справедливістю. Приміром, хтось отримує чужу річ у власність безкоштовно – як дарунок, або безоплатно дістає чужу річ у позичку, або здобуває право користування чужою річчю (сервітут) тощо. В усіх зазначених випадках майно однієї особи збільшується за рахунок зменшення майна іншої. Однак усі ці випадки не викликають почуття несправедливості, оскільки майно переходить до набувача не просто так, а за наявності відповідної правової підстави (як-то: договір дарування, договір позички, заповіт, судове рішення тощо).

Таким чином, несправедливим є не саме по собі збагачення однієї особи за рахунок іншої, а таке збагачення однієї особи за рахунок іншої, яке відбувається без належної до того правової підстави. Тож, більш точним є вислів Марціана, котрий писав, що «згідно з правом народів можна вимагати річ судом від того, хто володіє нею *не на законній підставі* (*qui non ex iusta causa possident*)» (Dig. 25.2.25).

Безпідставне збагачення, отже, суперечить справедливості. Якщо ж воно уже відбулося, то із цього факту виникає особливе зобов'язання, змістом якого є обов'язок того, хто збагатився, повернути усе, що він безпідставно набув, тому, кому це по праву належить. Це зобов'язання отримало назву «зобов'язання із безпідставного збагачення» (інколи це зобов'язання називають також кондикційним). У римському праві його було віднесено до класу зобов'язань, що виникали ніби із контрактів (*quasi ex contractu*). За своїм змістом це зобов'язання нагадує зобов'язання із реального контракту, – договору позики, адже той, хто збагатився без підстави, так само, як і позичальник, зобов'язаний повернути одержане з усіма плодами й доходами, і так само, як і в реальному договорі позики, зобов'язання виникає тут із факту переходу майна від однієї особи до іншої. Хоча, ясна річ, ключова відмінність мається в тому, що в позикових відносинах майно передається позичальникові на підставі домовленості, тоді як в основі квазі-контрактного зобов'язання лежить факт переходу майна без належної до того підстави. Ось як пояснено подібність між безпідставним збагаченням і позикою в Інституціях Юстиніана: «Особа, яка одержала не належний їй борг, очевидно, є зобов'язаною ніби із контракту (*quasi ex contractu*). Уважати такого боржника зобов'язаним із контракту було б у край помилково; суворо дотримуючись логіки, ми можемо сказати, що борг в цьому випадку виник радше із бажання припинити зобов'язання, аніж породити його. Кожен платник розглядається як особа, яка прагне розірвати угоду, а не укласти її. Проте особа, яка прийняла платіж, зобов'язується так, наче із позики, і тому несе відповідальність за кондикційним позовом» (Inst. 3.27.6).

Отже, для того, аби виникло зазначене квазіконтрактне зобов'язання, необхідні дві умови: (а) збагачення та (б) відсутність правової підстави для такого збагачення.

Збагачення. Збагачення означає, що майно однієї особи примножується внаслідок применшення майна іншої. При цьому збагачення може виявлятися або у збільшенні активів (коли особа, наприклад, безпідставно набуває якусь річ у власність), або у зменшенні пасивів (коли особа безпідставно звільняється від боргу). Іншими словами, збагаченням є збільшення майна або не-зменшення майна у випадках, коли зменшення повинно було б мати місце. Окремо слід сказати про обтяження: так, якщо із права, яке належить особі, безпідставно знімаються різного роду обтяження, то це також має розцінюватися як збагачення. У першоджерелах можна знайти такі приклади збагачення: а) особа набуває право власності на чужу річ; б) особа одержує володіння чужою річчю; в) особа набуває речове право на чужу річ; г) особа набуває зобов'язальне право вимоги; д) право власності, яке належить особі, звільняється від сервітуту; е) особа звільняється від боргу; є) особа заощаджує кошти безоплатно користуючись чужим майном (наприклад, проживаючи в чужому будинку); ж) особа заощаджує кошти безоплатно приймаючи на свою користь послуги чи роботи тощо.

Безпідставність. З одного боку, можна сказати, що «безпідставність» – це категорія заперечна: вона вживається, щоб позначити *відсутність* правової підстави збагачення. З такої точки зору, і визначення безпідставності повинно було б бути заперечним. Так, існує широкий «каталог» різноманітних правових підстав примноження майна (договір, заповіт, легат, набувальна давність і т. д.). За таких умов безпідставність означає не що інше, як те, що в конкретному випадку збагачення особи не опирається на жодну із наявних у «каталозі» підстав. Іншими словами, безпідставність – це відсутність правової підстави і крапка.

Однак давньоримська юридична наука із властивою їй казуїстичністю пішла іншим шляхом і поняття безпідставності було визначено через прямий перелік: римські правники перелічили ті конкретні випадки, у яких збагачення слід було вважати безпідставним. Цих випадків було чотири (відповідно до чого, було й чотири кондикційних позови):

(1) збагачення через помилкову сплату неіснуючого боргу (*condictio indebiti*) (Dig. 12.6; C.J. 4.5.);

(2) збагачення внаслідок дій, що були вчинені через припущення майбутніх обставин, які насправді не настали (*condictio causa data causa non secuta*, або *condictio ob causam datorum*) (Dig. 12.4; C.J. 4.6.);

(3) збагачення через ганебну підставу (*condictio ob turpem causam*) (Dig. 12.5; C.J. 4.7.);

(4) збагачення через незаконну підставу (*condictio ob iniustam causam*) (Dig. 12.5; C.J. 4.9.).

Разом з тим, практика показала, що далеко не всі випадки безпідставного збагачення можуть бути віднесені до однієї із чотирьох названих категорій. Зважаючи на це, за залишковим принципом було сформульовано ще одну – п'яту – категорію, яка отримала назву «збагачення без підстави» (*sine causa*) (Dig. 12.7; C.J. 4.9.). При цьому, звісно, малося на увазі «усі інші» випадки збагачення без підстави, оскільки перші чотири категорії так само становлять собою приклади збагачення «без підстави». Тож, слід підкрелити, що вислів збагачення «без підстави» (*sine causa*) мав два значення: з одного боку його використовували як родову категорію, що охоплювала собою абсолютно всі види безпідставного збагачення; з іншого боку, цей вислів міг використовуватися на позначення видового поняття, тобто тих випадків безпідставного збагачення, які не охоплювалися чотирма спеціальними категоріями.

У першоджерелах наведено такі приклади збагачення *sine causa* у вузькому розумінні. Жінка із наміром взяти шлюб зі своїм дядьком передає майно як придане (Dig. 12.7.5). За загальним правилом, коли особа передає придане до укладення шлюбу, а шлюб у подальшому не укладається, то передане підлягає поверненню на підставі правил про збагачення внаслідок дій, що були вчинені через припущення майбутніх обставин, які насправді не настали (*condictio causa data causa non secuta*). Однак у даному випадку ситуація дещо інша, адже шлюби між племінницею та дядьком у Римі були заборонені, а, отже, уже в момент передання майна особа достеменно усвідомлювала, що кауза цього передання не здійсниться. Інші приклади: після припинення зобов'язання у кредитора залишалась боргова розписка (CJ. 4.9.2); після належного виконання зобов'язання у кредитора залишився завдаток (Dig. 19.1.11.6); особа отримала від іншої компенсацію за втрату її речі, а після того річ була знайдена власником (Dig. 12.7.2) та ін.

Обсяг зобов'язання. Особа, яка збагатилася без підстави, була зобов'язана повернути не тільки безпосередньо те майно, яке отримала, але також і всі плоди та доходи, одержані від цього майна (за вирахуванням витрат на утримання зазначеного майна) (Dig. 12.6.15; 12.6.65.5; 12.4.7.1). Павло у 17-й книзі Коментарів до Плавція писав: «тому, хто вимагає назад неналежно надане, мають бути повернуті і плоди, і дитина, народжена рабинею, але за вирахуванням здійснених (відповідачем) витрат» (Dig. 12.6.65.5). Окрім того, особа, яка збагатилася, повинна була відшкодувати збитки, пов'язані з погіршенням або зменшенням майна, якщо таке сталося внаслідок її вини. Однак ризик випадкового (тобто безвинного) знищення чи пошкодження майна ніс його власник (Dig. 12.6.32pr).

Одержано 19.04.2017

УДК 347.12-053

Вікторія Олександрівна Кожевнікова,

доцент кафедри галузевих правових наук
Київського університету права НАН України,
кандидат юридичних наук

ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА УКЛАДЕННЯ ОДНОСТАТЕВОГО ШЛЮБУ: КОМПАРАТИВІСТИЧНИЙ АСПЕКТ

Обмеження права на укладення суб'єктами сімейних відносин одностатевого шлюбу, займає сьогодні особливо актуальне місце в правовій доктрині України. Так, положення ст. 21 СК України визначають шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану. Звідси слідує, що суб'єктами шлюбно-сімейних відносин є лише чоловік та жінка, тобто особи протилежної статі. Сталою у суспільстві та законодавстві залишається заборона визнання одностатевих шлюбів в Україні, бо це суперечить християнським, моральним засадам суспільства, релігійним канонам, які також здійснюють свій вплив на регулювання сімейних правовідносин. Римська католицька церква, Українські православні церкви, Українська греко-католицька церква, Руська православна церква виступили проти одностатевих шлюбів [1, с. 92]. Реєстрація одностатевих шлюбів у посольствах, консульських установах України, які розташовані на території іноземної держави підпадає під законодавчу заборону також.

Незважаючи на обмеження права особи на укладення одностатевого шлюбу та невизнання таких відносин в Україні кількість фізичних осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією щороку зростає. Свідченням того є зростання чисельності учасників щорічних рухів сексуальних меншин в Україні. О. В. Культенко та О. В. Венгуренко вважають, що «Значна кількість рухів фізичних осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією за дотримання прав людини викликана відсутністю у суспільстві інституту легалізації таких осіб, що в переважній кількості випадків є наслідком впливу панівної релігії. Водночас, поряд з догматичним тлумаченням моральності фізичних осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією релігіями існує тоталітарне ставлення до них з боку суспільства [2, с. 319]. Такий стан є свідченням, поступової зміни релігійних настроїв, моральних засад українського суспільства. Зміна настроїв осіб поступово знаходить своє відображення й в юридичній, науково-публіцистичній літературі. В наукових дослідженнях сімейно-правової галузі все частіше можна зустріти спростування різноманітних стереотипів соціальної орієнтації людини, яка пов'язує свою психоемоційну і сексуальну сферу із особами своєї статі [2, с. 92]. Крім того, ставлення більшості Європейських держав до проблем сексуальних меншин вражає. Особисті немайнові та майнові права одностатевих пар знаходяться під особливою правовою охороною низки сусідніх іноземних держав, що також не може не впливати на свідомість українських громадян.

В останні десятиліття, після того як особи з нетрадиційною сексуальною орієнтацією добилися визнання їхнього права на такий прояв своєї індивідуальності, в окремих державах Європи та Америки почався рух на підтримку державної легалізації одностатевих шлюбів. У результаті право на одностатевий шлюб визнано в Голландії, Бельгії, Іспанії, Швейцарії, Канаді [1, с. 92]. Окрім того, значна кількість іноземних держав надала дозвіл на легалізацію цивільних союзів (одностатевих партнерств) сексуальним меншинам. Це своєрідне «Уведення певних законодавчих рішень щодо захисту прав таких осіб без офіційного визнання одностатевих партнерств як сімейних союзів; проголошення суспільної терпимості до одностатевих партнерств, без проведення законодавчих реформ щодо захисту їхніх прав, що утримує їх у невизначеному статусі; категоричне засудження одностатевих партнерств і визнання таких фактичних відносин протиправними [3, с. 83]. Тому, це є свідченням не визнання законного одностатєвого шлюбу з одного боку, однак слугує інструментом правового захисту особистих немайнових та майнових прав нетрадиційних сексуальних меншин з іншого.

Істотний вплив на зміну поглядів на це явище чинить інтерпретація Європейським судом з прав людини поняття «сімейне життя» у контексті ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Суд ставить на перше місце не законодавче визнання державою тих чи інших відносин, а наявність фактичного сімейного зв'язку, існування якого покладає на держави обов'язок забезпечувати захист та повагу до цих відносин, тому поширює поняття сімейного життя на всі випадки фактичного спільного проживання, коли виникають сімейні за змістом відносини, зокрема і з участю осіб однієї статі (одностатевих партнерств) [4, с. 83]. Тобто, на думку автора, що сучасне українське законодавство поступово видозмінює свої нормативні приписи на зразок Європейських не зважаючи на неоднозначне (різне) ставлення до цього суспільних та соціальних груп.

Прибічники одностатєвого шлюбу стверджують, що реєстрація такої форми сім'ї є юридичною дією, яка не залежить від релігійних норм, а закон повинен слідувати суспільним змінам, що призводять до ліквідації нерівності між людьми. При цьому звичайні люди

засначають, що в тих країнах, де одностатеві шлюби були легалізовані, значних змін у суспільстві не відбулося [5, с. 3]. Це пов'язано насамперед з тим, що моральні засади суспільства тих іноземних держав законодавство, яких легалізувало одностатеві шлюби не йшли в розріз з релігійними уставами та традиціями.

Цікавим є те що, факт реєстрації подружніх відносин фізичних осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією закріплює за такою формою сім'ї такі права як: право на спільне майно, право на аліменти, право на спадкування, соціальне та медичне страхування, пільги в оподаткуванні та кредитуванні, право на ім'я, право не свідчити у суді проти іншого з подружжя, право виступати довіреною особою від імені іншого з подружжя у випадку його невідьдатності за станом здоров'я, право на розпорядження тілом після смерті, право на спільне батьківство та виховання прийомних дітей та інші права [2, с. 320]. Однак, адаптація українським законодавством європейських та іноземних підходів (стандартів) до врегулювання шлюбних відносин, де суб'єктами є одностатеві пари викликає подив та навряд чи може знайти своє місце в правових приписах СК України (інших нормативних правових актах України), при наймі в найближчі роки.

Так, С. І. Шимон зауважила: «Жодних кроків у напрямі узаконення одностатевих партнерств як сімейних союзів у нашій державі не робилося. У тому числі не передбачається обов'язкових правових реформ щодо цього у зв'язку з підписанням Угоди про асоціацію між Європейським Союзом та Україною. Членство в ЄС вимагає, щоб країна-кандидат розвивала інститути, які гарантують демократію, верховенство права, права людини, повагу та захист меншин, але ці вимоги не мають нічого спільного з правилами, що регулюють шлюбні відносини; ЄС не вимагає прийняття нових законів щодо сім'ї, не втручається у питання суспільної моралі, що є питанням виключно національної влади [4, с. 84]. Дослідниця О. А. Явор, акцентує увагу на ще на одному моменті, на який маємо обов'язково враховувати, так сімейне право особливо яскраво демонструє небезпечність проведення суворої межі між необхідністю правового втручання у сферу публічних відносин і потребою невтручання у приватне життя [6, с. 89]. Автор певна, що держава не має права втручатися у певні аспекти приватного життя, оскільки інакше, без такого втручання, буде порушено status quo між учасниками відповідних відносин. Отже, не помічати та цілком пригнічувати права сексуальних меншин не є доцільним у правовій, демократичній державі, однак законодавча заборона надання правового значення будь-яким юридичним діям сімейно-правової спрямованості залишається на сьогодні виправданою. За традиціями та за релігійними нормами в шлюб можуть вступати лише чоловік та жінка, а тому намагання осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією щодо визнання за ними відповідних прав є абсурдними [2, с. 320], звідси існує законодавче обмеження – заборона на реєстрацію, легалізацію та визнання одностатевих шлюбів в Україні.

Законодавчо визначено, що в Україні одностатеві пари обмежуються у можливості реалізації права на всиновлення дитини (ст. 211 СК України передбачено, що усиновлювачами не можуть бути особи однієї статі). Оскільки один з подружжя може вважатися належним батьком (матір'ю), а другий залишається поза правовим полем, а звідси й обмежений у правовому регулюванні та розумінні (визнанні).

Положення ст. 3 СК України визначають, що сім'я створюється на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства. Та не дивлячись на зазначений законодавчий припис О. Ю. Покальчук слушно наполягає на позиції, що незважаючи на визнання інші підстав створення сім'ї, існування оціночної і

абсолютно не конкретизованої категорії «моральні засади суспільства» зводить нанівещь будь-які правові можливості до реалізації своїх батьківських прав членів квір-сімей [7, с. 237]. Право на всиновлення дітей одностатевими подружніми парами за законодавством іноземних держав має свою специфіку та відмінності. Не зважаючи на легалізацію гомосексуальних союзів низкою закордонних держав, законодавчий дозвіл на усиновлення дітей таким подружжям часто є під забороною, а отже закон надає одностатевим парам обмежені права та обов'язки порівняно з парами традиційної орієнтації. В якості прикладу обмеження права на усиновлення квір-сім'ях варто назвати такі держави, як Австралія, Німеччина, Португалія (однак в останній правозахисник має право опротестувати це). Обмеження права на всиновлення нетрадиційними подружніми парами у вказаних вище державах зумовлене тим, що певні громадські організації висловлювали побоювання з приводу перспективи усиновлення. На маніфестації на користь і проти одностатевих шлюбів збиралися тисячі протестуючих [2, с. 321]. Таке обмеження, яке застосовується іноземним законодавцем до сексуальних меншин є головним та болісно сприймається одностатевими парами (як порушення їх право на батьківство, материнство).

Існує позиція що, у зв'язку з такою ситуацією і розповсюдженою маргіналізацією таких сімей, квір-сім'ям доводиться, зокрема приховувати свої стосунки, створювати фіктивні шлюби та вдаватися до «обходу закону» (обхід закону (*fraus omnia corrumpit*) – це такі дії учасників відносин, за яких сторонами свідомо створюється прив'язка до іноземного права з метою уникнути використання до цих правовідносин примусового закону, якому вони підпорядковані (як правило закону своєї країни) [8, с. 368]. Незважаючи на таку негативну ситуацію, що набуває популярності серед представників нетрадиційних сексуальних меншин (транссексуалів, гетеросексуалів), законодавець справедливо не обмежує подружжя (чоловік або дружина в якому є людиною транссексуалом) у праві всиновити дитину, в першу чергу тому, що стать таких осіб є різна.

Список біографічних посилань:

1. Ромовська З. В. Українське сімейне право: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. 500 с.
2. Кульченко О. В., Венгуренко О. В. Передумови виникнення інституту легалізації відносин фізичних осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2011. Вип. 54. 720 с.
3. Сімейне право України (історія, традиції, сучасність): навч. посіб./за ред. Б. І. Андрушишина, С. І. Шимон. Київ: НПУ ім. М. П. Драгоманова, 2013. С. 115–117.
4. Сімейне право України: підручник/за заг. ред. Т. В. Боднар та О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 520 с.
5. Кравчук А. ESSE HOMO. Несколько замечаний на тему гомосексуальности // Центр «Наш мир», 2000. С. 3.
6. Явор О. А. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції: монографія. Харків: Право, 2016. 352 с.
7. Покальчук О. Ю. Право на батьківство у квір-сім'ях // Сучасні проблеми правової системи України: зб. матеріалів II Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 28 жовт. 2010 р.)/Київ. ун-т права НАН України; редкол.: Шемшученко Ю. С., Бошицький Ю. Л., Чернецька О. В. та ін. Вип. 2. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2010. 374 с.
8. Міжнародне приватне право: навч. посіб./за ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана. Київ: Юріком Інтер, 2007. 368 с.

Одержано 04.05.2017

Олена Олександрівна Маркова,

доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9970-0944>;

Марина Дмитрівна Шаповал,

студентка Сумської філії
Харківського національного університету внутрішніх справ

АРХАЇЧНІСТЬ І СУЧАСНІСТЬ ОПЛАТНОСТІ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ

«Дарувати вигідно, так як рука, що дає не збідніє,
і він буде винагороджений і морально, і економічно»

М. Мосс

Більшість людей не замислюються над тим, чому в суспільстві прийнято дарувати подарунки, і роблять це лише з поваги до традицій, які склалися в конкретній родині, соціальній спільноті. Люди відносяться до дарування як до прояву «доброї волі», і сприймають його виключно безоплатним, не замислюючись насправді над мотивами, потребами, які керують людьми.

У нашому уявленні подарунки вручаються абсолютно безоплатно. І тільки деякі знають, що подарунки, як вид доходу, оподатковуються, а безоплатною є лише передача майна (дарунку) у власність. В залежності від дарувальника та дарунка ставка оподаткування становить 0 % (членами сім'ї першого та другого ступенів споріднення), 5 % та 18 % (дарувальник нерезидент) – ст. 174 Податкового кодексу України [1].

Законодавець в законі України «Про запобігання корупції» надає легітимне визначення поняття «подарунок» – це грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають/одержують безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової.

В Законі України «Про запобігання корупції» встановлюються обмеження щодо одержання подарунків залежно від:

- 1) службового становища обдаровуваного,
- 2) відносин підпорядкування дарувальника та обдаровуваного,
- 3) ціннісного вираження еквівалента самого дарунка.

Закріплені критерії є граничною межею для розмежування понять «подарунок» і «неправомірна вигода». У випадку, якщо вартість дарунка перевищує встановлену в законі допустиму грошову межу, то даний подарунок потрібно кваліфікувати як *неправомірна вигода* [2].

Динамічний аспект дарування реалізується в процесі укладання договору і закріплюється в Цивільному кодексі України, а саме ст. 717 – за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність [3].

У доктрині договірного права договір дарування викликає гостру полеміку щодо його характеристики в частині оплатності або безоплатності: 1) він некладається в

звичайну концепцію договору як домовленості; 2) проявляє латентні договірні зв'язки та схеми; 3) характеризується особливим механізмом виникнення та забезпеченням виконання.

Безоплатність – не означає відсутність зустрічних обов'язків певного характеру: морального – подякувати дарувальнику. Видається справедливим, що він повинен хоча б подякувати за принесений дар і виявити до дарувальника певну увагу і тим цей обов'язок з морального перенести у сферу правового [4].

Не є порушенням ознаки безоплатності договору, наприклад, символічна відплата (передача речі, котра, як правило, нееквівалентна дарунку, з мотивів дотримання певної традиції, звичаю) не вважається зустрічним задоволенням за умови, якщо сторони усвідомлюють символічність, умовність такої відплати та не мають на меті здійснити зустрічне задоволення.

Слід мати на увазі, що безоплатність не означає безпричинності або безкорисливості. Важливим моментом безоплатності договору дарування є мотиви дарування, на які сторони не звертають уваги. Але, якщо проаналізувати детально процес дарування, мотиви, які спонукають нас укладати такі договори, то виявляється, що мотиви є латентно-корисливими, що є підтвердження оплатності даного договору [5].

Дослідження Марселя Мосса, доводять, що до моменту появи грошей і ринку універсальним засобом обміну в архаїчних суспільствах було дарування. Таким чином, обмін тут не є просто економічною угодою в звичайному європейському розумінні. У той же час дар в цих суспільствах не є чисто альтруїстичний акт, так як він неодмінно передбачає компенсуючий взаємний дар в тій чи іншій формі, але, на відміну від звичайної угоди, обидва ці акти відокремлені один від одного в часі. З трьох тісно пов'язаних між собою обов'язків, які складають обмін в формі дарунка: давати, брати і відшкодовувати, – найбільш істотною, по Моссу, є обов'язок відшкодовувати. Ухилення від однієї з цих обов'язків тягне за собою серйозні наслідки для суб'єктів обміну, аж до оголошення війни [6].

П. Блау розглядає дар (обмін) як «обмежений діями, які залежать від винагороджуваних реакцій інших і які зникають, коли ці очікувані реакції не виникають». Так, фундаментальна риса соціального дару (обміну), з його точки зору, полягає в тому, що «... індивід, який надає послугу іншій, зобов'язує його. Щоб звільнитися від цього зобов'язання, останній повинен забезпечити першого якимось благами замість». Відбувається обмін в формі дарування, і дар, прийнятий без подальшого відповідного дару, принижує того, хто його отримав [7].

Гоулднер Алвін Уорд розглядає обмін в формі дарунка як «стартовий механізм» соціальних відносин. Гоулднер підкреслює, що головний обов'язок – відшкодування одержаного дару. Цей обов'язок він позначає як «норму взаємності» [8].

Якщо договір дарування вважати безоплатним, то чим він тоді буде відрізнятися від такого соціального явища, або соціального зла, як неправомірна вигода. Подібно архаїчному дару, зовні вона нерідко виступає як безкорисливий, щедрий, великодушний дар. Насправді ж цей дар передбачає обов'язкову компенсацію у вигляді відповідного «дару». За показною безкорисливістю (безоплатністю) ховаються обмін, утилітарний розрахунок і прагнення до вигоди, котрі вступають в конфлікт з правовими нормами і суспільними інтересами.

Дарування – не тільки морально благородне діяння, а й соціально-економічна необхідність, що впливає з функціональних вимог сучасної економіки, елемент економічного

мистецтва, засіб самовираження та рушійна сила соціальних зв'язків, в кінцевому рахунку необхідний самому дарувальнику.

Список бібліографічних посилань:

1. Податковий кодекс України від 02.12.2010 // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
2. Про запобігання корупції: закон України від 14.10.2014 № 1700-VII // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/1700-18>.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
4. Шишка Р. Б. Правове регулювання відносин за договорами на безоплатну передачу прав на об'єкти цивільних правовідносин. *Вісник Запорізького національного університету*. 2010. С. 126–130.
5. Кравчук В. Договір дарування. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2010. № 3.
6. Гофман А. Б. Социальная антропология Марселя Мосса // Мосс М. Общества. Личность. Обмен: Труды по социальной антропологии/М. Мосс. М.: Восточная литература РАН, 1996, С. 314–359.
7. Blau P. Exchange and Power in Social Life. N. Y., 1964. Pp. 6, 88, 93.
8. Gouldner A. The Norm of reciprocity: A Preliminary statement. *American Sociological Review*. 25, April 1960. P. 176–177.

Одержано 19.04.2017

УДК 347.2/3

Олена Анатоліївна Менська,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

Одеського національного університету імені І. І. Мечникова,

кандидат юридичних наук

ОСОБЛИВОСТІ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ АНТИКВАРНИХ РЕЧЕЙ НА АУКЦІОНІ

Одним із найстаріших інвестиційно-привабливих ринків у світі досі залишається ринок предметів мистецтва. Це пояснюється достатньо високою прибутковістю й практичною відсутністю залежності цін на такі об'єкти від економічних показників, а також прискорення обсягів аукціонної торгівлі, яка характеризується стабільним попитом на об'єкти, що мають культурну цінність.

На сьогодні діяльність аукціонів обумовлюється об'єктивними причинами, зокрема потребою майнового обороту на задоволення інтересів у предметах, що мають культурну цінність. Така діяльність представляє собою механізм, що діє у системі товарного обігу творів мистецтва, який відбився й на змісті правових норм, що регламентують відповідні суспільні відносини. У зв'язку з цим є нагальна необхідність розробки питання про правове регулювання обігу культурних цінностей, зокрема й щодо купівлі-продажу на аукціоні.

За визначенням Податкового кодексу України аукціон (публічні торги) – публічний спосіб продажу активів з метою отримання максимальної виручки від продажу активів у визначений час і в установленому місці (підпункт 14.1.8.) [1]. Натомість, Правилами торгівлі антикварними речами, затвердженими наказом Міністерства економіки та з питань

європейської інтеграції України та Міністерства культури і мистецтв України 29.12.2001р. № 322/795 (далі – Правила № 322/795)[2], надано таке визначення аукціону – продаж антикварних речей, згідно з яким їх власником стає учасник аукціону, який під час торгів запропонував максимальну ціну за антикварні речі, визначені цими Правилами. Якраз у значенні останнього у своїй короткій доповіді ми торкнемося загальних засад організації та діяльності аукціону в Україні.

Роздрібний продаж антикварних речей здійснюється суб'єктами підприємницької діяльності, у тому числі через спеціалізовані комісійні магазини, спеціалізовані відділи (секції) комісійних магазинів, спеціалізовані комісійні відділи (секції) магазинів з універсальним асортиментом непродовольчих товарів, а також на аукціонах (п. 1.3 Правил № 322/795).

Зазначимо, що діяльність з перепродажу предметів мистецтва, колекціонування та антикваріату, діяльність з організації торгів (аукціонів) предметами мистецтва, колекціонування та антикваріату мала ліцензуватися у відповідності зі ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Даний пункт був виключений відповідно до Закону України від 15.12.2009 № 1759-VI. Отже, вимоги до суб'єктів підприємницької діяльності щодо отримання ліцензії на діяльність з організації аукціонів не пред'являються.

Безпосередніми учасниками аукціону є власник аукціонного майна, продавець, організатор аукціону та покупець.

На першому етапі між організатором аукціону і власником антикварних речей (фізичною чи юридичною особою) укладається угода, згідно з якою власник доручає йому продаж цих речей за винагороду, розмір якої визначається за погодженням сторін у відсотках від продажної ціни і не суперечить законодавству.

Угодою сторін також визначається розмір плати власником антикварних речей на користь організатора аукціону за їх зберігання у разі, якщо такі речі не будуть реалізовані на аукціоні (п. 3.3 Правил № 322/795)

Аукціонна комісія встановлює за висновком експертів та за згодою власника антикварних речей стартові ціни, складає акт приймання аукціонного майна та надає акт голови аукціонної комісії для затвердження.

При цьому у разі коли за результатами експертизи об'єкт повинен бути включений до Державного реєстру національного культурного надбання, матеріали експертизи незалежно від згоди заявника передаються Мінкультури або Укрдержархіву відповідно до їх компетенції (п. 10 Порядку проведення державної експертизи культурних цінностей) [3].

Організатор аукціону визначає дату і час проведення аукціону і не пізніше як за 30 днів до цієї дати публічно оголошує через засоби масової інформації перелік аукціонного майна, відомості про стартові ціни, кінцевий термін реєстрації для участі в аукціоні, дату, час та місце ознайомлення з аукціонним майном та проведення аукціону, а також адресу, номери телефонів та час роботи аукціонної комісії, іншу інформацію (п. 3.6 Правил № 322/795).

Не пізніше як за 10 днів до проведення аукціону організатор аукціону надає змогу попередньо ознайомитися з аукціонним майном усім фізичним і юридичним особам, які бажають брати участь в аукціоні. Аукціонне майно з інформаційними картками виставляється у спеціально відведеному місці для демонстрації покупцям.

Учасник аукціону сплачує реєстраційний внесок, розмір якого встановлюється організатором аукціону, не може перевищувати одного неоподаткованого мінімуму доходів

громадян і зараховується при остаточних розрахунках за придбані антикварні речі, та подає перелік необхідних документів зазначений у п. 3.8 Правил № 322/795.

На підставі копії затвердженого протоколу переможці аукціону здійснюють розрахунки за придбані на аукціоні антикварні речі готівкою в той самий день, у безготівковому порядку – протягом трьох днів з дня затвердження протоколу, не враховуючи цього дня, вихідних і святкових днів. При цьому придбані покупцем на аукціоні антикварні речі повенню організатору аукціону не підлягають (п. 3.22 Правил № 322/795).

На підтвердження оплати покупцю антикварної речі видається розрахунковий документ, а також товарний чек, у якому зазначаються найменування суб'єкта підприємницької діяльності – організатора аукціону, назва антикварної речі, стисла її характеристика, продажна ціна, дата продажу, прізвище продавця (п. 3.23 Правил № 322/795).

Розкриваючи зміст аукціонної торгівлі культурними цінностями, слід відмітити, що при здійсненні роздрібною торгівлі антикварними речами або проведенні аукціону суб'єкти підприємницької діяльності зобов'язані: передавати на реалізацію, у тому числі на аукціон, антикварні речі тільки після перевірки їх в облікових матеріалах утрачених та викрадених предметів, що ведуться органами внутрішніх справ, Міністерством культури і мистецтв та Державним комітетом архівів; вести реєстр антикварних речей, що виставлені на продаж; надавати державним музеям, архівам, бібліотекам першочергову можливість для ознайомлення і придбання окремих антикварних речей (до їх передачі на реалізацію) згідно із законодавством; за зверненням територіальних підрозділів органів внутрішніх справ, органів Служби безпеки, Міністерства культури і мистецтв України, Державної служби контролю за переміщенням культурних цінностей через державний кордон України, Державного комітету архівів України надавати необхідну інформацію про антикварні речі, що надходять на реалізацію (п. 1.10 Правил № 322/795).

Таким чином, фактично діяльність аукціонів – це діяльність із реалізації об'єктів, які мають культурну цінність. Така діяльність має для його учасників певні ризики. Так, організатор аукціону та безпосередньо покупець разом із переходом права власності на такі об'єкти, мають імовірність зіштовхнутись із наслідками, які з цього випливають, зокрема – вирішення питання про справжність об'єктів, проданих з аукціону, про відшкодування шкоди у разі виявлення недобросовісності продавця тощо.

Список бібліографічних посилань:

1. Податковий кодекс України: закон України від 02.12.2010 № 2755-VI // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

2. Правила торгівлі антикварними речами: наказ М-ва економіки та з питань європ. інтеграції України та М-ва культури і мистецтв України від 29.12.2001 № 322/795 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0058-02>.

3. Порядок проведення державної експертизи культурних цінностей: затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26.08.2003 № 1343 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1343-2003-n>.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.674.8

Ілля Павлович Орлов,

*старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
та правового забезпечення підприємницької діяльності
Харківського економіко-правового університету,
кандидат юридичних наук*

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІНУ ТА СКАСУВАННЯ ЗАПОВІТУ

Свобода заповіту включає можливість заповідача у будь-який час скасувати заповіт або скласти новий заповіт. При цьому заповіт, який було складено пізніше, скасовує попередній заповіт повністю або у тій частині, в якій він йому суперечить і не відновлює заповіту, який заповідач склав перед ним.

Крім того, заповідач має право у будь-який час внести до заповіту зміни. Скасування заповіту та внесення до нього змін провадяться заповідачем особисто.

В основі понять «скасування» та «зміна» заповіту покладено дії заповідача, що породжують різні правові наслідки. Важливо відзначити, що закон не встановлює різниці між наведеними діями заповідача.

Скасованість заповіту, так саме як і можливість змінити його зміст – це специфічна ознака заповіту, яка пов'язується насамперед з характером розпорядження цього правочину на випадок смерті. Заповіт породжує юридичні наслідки лише після відкриття спадщини, а відтак заповідач у будь-який час має право на зміну або скасування цього правочину.

Є всі підстави погодитися із О. П. Печеним, який визначає таке співвідношення термінів «скасування та «зміна» заповіту. Скасуванням заповіту визнається розпорядження заповідача про втрату чинності усіх положень раніше складеного заповіту. Зміною ж заповіту є розпорядження заповідача про внесення до окремих положень заповіту змін із збереженням чинності попереднього заповіту в цілому. Унесення змін відрізняється від скасування тим, що містить посилання на попередній заповіт як базис, до якого заповідач бажає внести зміни. Предметом змін до заповіту може бути розмір часток спадкоємців у спадщині (їх місце проживання, місце народження), індивідуалізація, конкретизація або зміна даних про спадкове майно тощо [1, с. 265].

Правова природа дій заповідача щодо скасування та зміни заповіту неоднакова. На відміну від зміни заповіту, його скасування не має правочинного характеру. Як справедливо зазначає З. В. Ромовська, скасування заповіту не узгоджується з поняттям правочину, яке міститься у ч. 1 ст. 202 ЦК України: правочин – це дія особи, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Заповіт лише спрямовується на виникнення права. Скасування заповіту припиняє не існуюче уже право, а лише можливість, шанс його одержання [2, с. 106, 107].

При цьому скасування заповіту не можна вважати заповідальним розпорядженням, оскільки воля заповідача в даному випадку спрямована як раз на усунення посмертного волевиявлення особи. Зміна та скасування заповіту характеризуються особистим характером і не можуть вчинятися через представника. Згідно з п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 № 7 [3], заповіт, складений особою до визнання її недієздатною, не може бути змінено чи скасовано її опікуном.

Скасування та зміна заповіту – це форми волевиявлення заповідача. Цим вони відрізняються від недійсності заповіту, яке пов'язане не з волею, а зумовлено дією норм законодавства про недійсність правочину.

Зміст ст. 1254 ЦК України дозволяє дійти висновку про встановлення двох способів, за допомогою яких заповідач може скасувати заповіт:

- 1) скласти новий заповіт, який скасовує попередній;
- 2) подати окрему заяву про скасування заповіту.

У першому випадку скасування заповіту є частиною нового заповіту. Та навіть коли новий заповіт не містить прямої вказівки про скасування попереднього заповіту, за приписами ч. 2 ст. 1254 ЦК України заповіт, який було складено пізніше, скасовує попередній заповіт повністю або в тій частині, в якій він йому суперечить.

У другому випадку спадкодавцем вчиняється скасування заповіту шляхом подання відповідної заяви про це. При цьому ст. 1254 ЦК України прямо не встановлено, як саме оформлюється така дія заповідача. Стаття 57 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 № 3425-XII лише містить застереження, що справжність підпису на заяві про скасування заповіту має бути нотаріально засвідчена.

Зміна заповіту здійснюється лише складенням нового заповіту, оскільки важко уявити процедуру зміни окремого заповідального розпорядження шляхом подання заяви про це. У будь-якому випадку, зміна заповіту шляхом подання відповідної заяви в ЦК України не передбачена. Хоча у ст. 57 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 № 3425-XII допускається подання нотаріусу, завідуючому державного нотаріального архіву, посадовій особі органу місцевого самоврядування поряд із заявою про скасування заповіту, також і заяви про зміну заповіту.

Список бібліографічних посилань:

1. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 12: Спадкове право/за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2009. 544 с.
2. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право: підручник. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. 264 с.
3. Про судову практику у справах про спадкування: постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 № 7 // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08>.

Одержано 15.04.2017

УДК 330.322

Юлія Олександрівна Світлична,

*голова Харківської обласної державної адміністрації,
кандидат наук з державного управління*

ДЕРЖАВНА ІНВЕСТИЦІЙНА ПОЛІТИКА: ПИТАННЯ СЬОГОДЕННЯ

Головною передумовою забезпечення гідного життя кожного громадянина є побудова сильної та сучасної європейської демократичної держави, що передбачає

новий якісний рівень надання публічних послуг населенню, розвиток сучасної інфраструктури, створення сприятливого інвестиційного клімату. Сучасний інвестиційний процес передбачає перехід до якісно нової системи регулювання, яка має функціонувати на основі принципів та критеріїв економічної безпеки.

Держава об'єктивно змушена активніше впроваджувати механізм інвестиційного гарантування економічної безпеки, спрямовувати його на взаємоузгоджену реалізацію національних економічних інтересів, формувати необхідні, в тому числі ринкові, умови саморозвитку інвестиційних процесів відповідно до внутрішніх та міжнародних викликів [1].

Із цього приводу варто враховувати позицію вчених, які розглядають державну інвестиційну політику як комплекс заходів щодо підвищення рівня залучення наявного інвестиційного потенціалу до процесу відтворення, створення оптимальних умов для вкладення інвестицій, забезпечення стійкого соціально-економічного розвитку країни на основі використання перспектив здійснення спільної інвестиційної діяльності держави та приватних суб'єктів підприємницької діяльності [2].

Водночас провадження ефективної державної інвестиційної політики зумовлюється ускладненням соціально-інституційної структури суспільства та її винятковою роллю у забезпеченні нормального перебігу соціально-економічних процесів, яка пов'язується з тим, що: державна інвестиційна політика виступає чинником цілеспрямованого проведення модернізації виробництва, забезпечуючи зростання ВВП та обсягів виробництва, фактором соціальної стабілізації, забезпечуючи зайнятість населення, чинником підтримки рівноважного стану національної економіки; гнучка система інвестиційних цілей, завдань та механізмів їх реалізації, встановлених з урахуванням як потреб сьогодення, так і перспектив соціально-економічного розвитку в майбутньому, дозволяє державі, з одного боку, реалізувати свої функції у сфері сприяння економічному зростанню, а з іншого, – здійснити продуктивну координацію роботи державних і недержавних структур щодо забезпечення ефективності виробництва та формування необхідної якості соціального середовища [2].

У зв'язку з тим характер інвестиційної політики визначається межами державного втручання в економічні процеси, ступенем ув'язки цієї політики з іншими державними інститутами, до яких належать податкова, фінансово-кредитна, амортизаційна, ліцензійна та цінова політика, політика доходів і зайнятості, залучення іноземних інвестицій, а також правове поле та загальний адміністративний устрій.

У свою чергу, раціональна й ефективна інвестиційна політика в сучасних умовах має відповідати певним вимогам і насамперед бути перспективною, що характеризується такими чинниками: має забезпечити об'єктивно достатній для розвитку економіки в цілому, виробничих галузей і соціальних витрат рівень інтенсивності капітальних вкладень, тобто спочатку стимулювати вихід з економічних депресій, а потім не допускати «перегріву» економіки; у частині державних вкладень вона має ґрунтуватися на суворо збалансованих бюджетних і позабюджетних асигнуваннях і стимулювати цілове та ефективне використання інвестиційних ресурсів з урахуванням інфляції; покликана забезпечити нормальні цивілізовані умови для приватних інвесторів як у частині створення інвестиційних можливостей, так і стимулювання інвестиційних намірів, що забезпечує відмову від фіскальних принципів податкової політики і переорієнтацію на досить тривалі та стійкі інвестиційні пріоритети [1; 3].

В остаточному підсумку варто виокремити декілька основних пріоритетів щодо державної інвестиційної політики, яка повинна сприяти збільшенню обсягів інвестиційних ресурсів і підвищенню ефективності їх використання. Серед них слід назвати: по-перше, удосконалення механізмів та інструментів державної політики, спрямованих на розширення інвестиційного потенціалу й активізацію інвестиційної діяльності підприємств; по-друге, суттєве підвищення ефективності державного інвестування на основі чіткого визначення вичерпного переліку інвестиційних пріоритетів з метою уникнення розпорошення інвестиційних ресурсів, а також широкого запровадження реалізації проєктів на засадах державно-приватного партнерства; по-третє, поліпшення інвестиційного клімату шляхом удосконалення загального та спеціального інвестиційного законодавства, підвищення рівня захисту інтересів приватних інвесторів, посилення заходів протидії корупції у сфері інвестиційної діяльності.

Цивільно-правова наука має зробити свій внесок у розуміння поняття інвестицій та інвестиційної діяльності, впливу інвестицій на розвиток економіки, забезпечення реалізації цивільно-правових відносин, що виникають у процесі інвестиційної діяльності.

Список бібліографічних посилань:

1. Дацій Н. В. Інвестиційна політика як фактор гарантування економічної безпеки. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2010. № 8. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=162>.
2. Гриценко Л. Л. Державна інвестиційна політика: сутність, цілі та завдання. Наукові праці Кіровоградського національного технічного університету. Економічні науки. 2012. Вип. 22 (2). С. 89–95. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npkntu_e_2012_22%282%29__17.
3. Пріоритети інвестиційної політики у контексті модернізації економіки України: аналіт. доп./Нац. ін-т стратег. дослідж.; А. П. Павлюк, Д. С. Покришка, Я. В. Белінська та ін. Київ, 2013. 48 с. URL: http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/ynvestyc_polityka-5b7ef.pdf.
4. Пшенична В. П. Формування моделі реалізації державної інвестиційної політики економічного зростання України. *Ефективна економіка*. 2010. № 9. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=328>.
5. Музиченко А. С. Державне регулювання інвестиційної діяльності: монографія. Київ: Наук. світ, 2001. 345 с.

Одержано 12.05.2017

УДК 347.1

Ольга Володимирівна Сидоренко,

старший викладач кафедри інформатики

та інтелектуальної власності Національного технічного університету

«Харківський політехнічний інститут»,

кандидат юридичних наук

ТЕСТ ЩОДО ВИЯВЛЕННЯ УМОВ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ВІНАХОДАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З КОМП'ЮТЕРНОЮ ПРОГРАМОЮ

Відомо, що процес встановлення умов патентоздатності винаходу, пов'язаного з комп'ютерною програмою, містить значний суб'єктивний елемент, оскільки його оцінювання

відбувається за участю людини, що може створити умови для патентування комп'ютерної програми як такої. У зв'язку із цим необхідно розробити референтний документ – **«Тест щодо умов надання правової охорони винаходам, пов'язаним з комп'ютерною програмою»** для практичного застосування винахідниками, патентознавцями та суддями при вирішенні спорів. Подібні тести для визначення патентоздатності винаходів, що містять алгоритми комп'ютерних програм вже існують і практично застосовні, наприклад, в США.

Так, Апеляційним судом з патентних справ США було створено тест – **«Тест Фрімена»** (за ім'ям судді, який запропонував його). Суть даного тесту зводиться до того, що спочатку слід встановити, чи містить формула винаходу *в прямому або непрямому вигляді* математичний алгоритм. Якщо алгоритм не є математичним, немає підстав для відхилення заявки. Якщо ж формула містить саме математичний алгоритм, то необхідно визначити, являє він у цілому, включаючи всі його кроки, просто математичний алгоритм чи обчислювальний метод; у разі позитивної відповіді на це запитання винахід є непатентоздатним [1].

Також Патентним відомством США було запропоновано **тест для винаходів, що належить до математичних алгоритмів і програм для ЕОМ**. На першому етапі необхідно перевірити, чи містить патентна вимога прямо або побічно алгоритм. Якщо алгоритми як такі не є патентоздатним способом, то спроби сформулювати патентні вимоги, якщо вони стосуються виробу, пристрою або речовини, – неприйнятні. Зрештою, патентоздатність визначиться дійсною природою винаходу. Відповідно і форма представлення алгоритму – використання математичних символів або чисте описове зображення – не відіграє ролі. На другому етапі слід з'ясувати, чи спрямований математичний алгоритм, зазначений у патентних вимогах, на який-небудь матеріальний об'єкт чи використовується як складова частина якого-небудь процесу. Для цього треба розглянути відповідну вимогу без математичного алгоритму і визначити, чи збережеться після цього патентоздатність об'єкта винаходу [2, с. 22–24].

Можна констатувати, що до 1981 р. у США не практикувалася масова видача патентів на програми для ЕОМ. Практично всі дослідники патентного права США визнають, що корінні зміни наступили після розгляду Верховним судом США справи *«Даймонд проти Дайєра»* (Diamond v. Diehr) [3], у результаті якої стало можливим патентування алгоритмів, не самих по собі (як таких), а у складі пристроїв, в яких вони реалізовані. За даною справою суд ухвалив: «...коли вирішується питання, чи належить об'єкт до категорії патентоздатних, не можна ділити вимоги заявки на «відому» і «нову» частини та приймати рішення залежно від того, що є новим – фізична чи математична операція.

Таким чином, були спростовані прецеденти щодо визначення новизни винаходу як однієї з умов його патентоздатності, залежно від відповіді на запитання, є новою фізична або математична операція. З цього часу кількість таких патентів у США невідомо зростає.

Як відзначають фахівці в галузі патентного права США, мав місце період, коли намітилася тенденція патентування чистого програмного забезпечення. Але при цьому слід зазначити, що аналітики окремо виділили і обчислювальні процеси як такі. Верховний суд США на той час не розглядав проблему патентоздатності обчислювальних процесів як таких. Усі прийняті ним рішення належали лише до математичних алгоритмів [2, с. 23].

Інший варіант загальної проблеми, коли в заявці описані як засоби *технічні* (а саме: машиночитаний носій пам'яті для зберігання даних), так і засоби *математичні* (а саме: прикладна програма та структура комп'ютерної бази даних).

Суть справи Лоурі (In re Lowry) [4]. У суді розглядалась відмова у видачі патенту за заявою, у якій описувався машиночитаний носій пам'яті для зберігання даних. Суд постановив,

що структура даних, закладених у пам'ять комп'ютера, може бути патентоздатна як продукт (такий як гнучкий диск). Суд відкинув позицію Палати апеляцій патентного відомства про структуру даних як про простий «відбиток». І в 1997 р. за цією заявкою було видано патент США № 5664177 [5], яким охоронявся винахід «Пам'ять для зберігання даних для їхньої вибірки прикладною програмою, виконуваною в системі обробки даних». У цьому випадку об'єктом винаходу дійсно була структура комп'ютерної бази даних.

Отже, даний прецедент також описує один із варіантів загальної проблеми, коли в заявці описані як засоби *технічні* (машиночитаний носій пам'яті), так і засоби *математичні*. Серед останніх: 1) прикладна програма; 2) комп'ютерна база даних. Суд установив правило: **«структура даних, закладених в пам'ять комп'ютера, може бути патентоздатна як продукт, такий як і гнучкий диск»**. Суд відкинув позицію Палати апеляцій патентного відомства про структуру даних, як про простий «відбиток». Слід погодитися з думкою М. Файнберга, який пояснює, що «стандарт патентоздатності» у США є достатньо «...широким і гнучким, дозволяє патентувати найрізноманітніші технології, оскільки удосконалювався Конгресом і Федеральними судами США всі 200 років під впливом розвитку нових технологій в галузі фізики, хімії, електроніки, радіозв'язку, телекомунікації, комп'ютерних систем і програмного забезпечення, баз даних, бізнес-процесів, фармакології, біотехнології та інших наук» [6].

Останнім часом у США намічається зворотна тенденція щодо «вільної» видачі патентів на програмне забезпечення. Прикладом є справа *Більські* (2008 р.) [7]. Суть фабули полягає в тому, що позивач – Більські подав патентну заявку на «Способи страхування ризиків у галузі торгівлі енергоресурсами». Результат даного винаходу не має технічного характеру (не пов'язаний з певною машиною). Патентне відомство США відмовилося видати патент на винахід Більські, ухваливши, що дані способи ведення бізнесу не пов'язані з певною машиною та не включають перетворення матеріальних об'єктів, а є тільки абстрактними ідеями, не дають корисного, конкретного та відчутного результату [7]. Апеляційний суд Федеральногоного округу США підтвердив рішення Патентного відомства, але на основі ще більш вузького тлумачення стандарту патентоздатності – **тест «Машина-або-перетворення»** (*machine-or-transformation*) [8]. Американська асоціація адвокатів (далі – ААА) виступила на підтримку рішення Апеляційного суду, але на основі інших правових норм. ААА відзначила, що тест «Машина-або-перетворення» занадто звужує рамки патентоздатних винаходів, а тому є неприйнятним, бо не дозволяє патентувати багато способів в галузі біотехнології та програмного забезпечення. ААА також запропонувала визнати способи ведення бізнесу Більські, як вони охарактеризовані в патентній формулі, непатентоздатними абстрактними ідеями [7].

Справа – «*Прометей Лабораторії*» проти «*Майо Клінік*» (*Prometheus Laboratories v. Mayo Clinic*) [9] відбулася в результаті розгляду справи Більські. «Прометей Лабораторії» і «Майо Клінік» використовували діагностичні тести (до методу «оптимізації терапевтичної ефективності»), засновані на патенті «Прометей Лабораторії». Але в 2004 році Майо заявив про намір продавати власний, дещо змінений, діагностичний тест. Прометей пред'явив позов Майо про порушення прав на патенти. Окружний суд постановив, що тест порушує патенти, але зазначив, що процеси, передбачені патентами, належать до законів природи або природних явищ, а саме, кореляції між рівнями терапією метаболіту і токсичністю. Суд Федеральногоного округу ухвалив рішення про те, що діагностика відповідає тесту «Машина-або-перетворення», проголошеному у справі Більські. У цьому одностайному рішенні Верховний Суд США визначив, що патент на медичний тест – непатентоздатний як не передбачений законом предмет згідно з § 101 Патентованого акта [10].

Таким чином, Заслугує на увагу, з боку України, аналіз законів США та судової практики, що дає підстави зробити головний висновок: дані джерела патентного права щодо умов надання патентної правової охорони «винаходів, пов'язаних з алгоритмами», або з «...програмами для комп'ютерів», базуються на стандарті «принципової патентоздатності», на тестах, зокрема, тесті «Машина-або-перетворення», який направлений на вирішення юридико-технічної задачі, щодо однозначного тлумачення стандарту принципової патентоздатності винаходу в США. Між тим, слід мати на увазі, що він є «широким і гнучким». Сьогодні в США видають патенти не тільки на класичні винаходи патентного права «технічні рішення», але навіть і на «бізнес-проекти» [12; 264]. Дані обставини слід враховувати при проведенні порівняльного аналізу патентного законодавства США з патентним законодавством України і розпочати формулювання аналогічних «тестів».

З урахуванням існуючої судової та патентної практики, розробка референтного документу – «**Тесту щодо умов надання правової охорони винаходам, пов'язаним з комп'ютерною програмою**» слід розпочати з:

I. **Пошуку «меншої посилки».** На базі *тексту* опису винаходу та формули винаходу слід зробити 7 окремих «витягів-текстів», кожен з яких містить ознаки, щодо:

- (1) назви винаходу;
- (2) наявності математичної задачі /логічної/ та математичного /логічного/ рішення;
- (3) наявності технічної задачі;
- (4) наявності «технічного рішення технічної задачі» або наявності «технічного рішення» (задачі);
- (5) наявності технічного результату;
- (6) наявності причинно-наслідкового зв'язку між ознаками винаходу й очікуваним технічним результатом;
- (7) патентна формула винаходу.

II. **Пошуку «більшої посилки».** Знаходимо відповідну норму права (якщо вона відсутня, – виходимо з класичного положення (наприклад, при відсутності визначення поняття «математична задача»).

Список бібліографічних посилань:

1. Определение Верховным Судом США. URL: http://northamerik.ru/programnoe_obespechenie/opredelenie_verhovnym_sudom_ssha.
2. Доклад о рассмотрении патентным ведомством США изобретений, относящихся к математическим алгоритмам и программам ЭВМ. *Изобретательство. Патентное дело. Патентная информация*. 1991. № 7. С. 22–24.
3. Diamond v. Diehr, U.S. Supreme Court // 450 U.S. 175 (1981) 450 U.S. 175 Diamond, commissioner of patents and trademarks v. Diehr et al. Certiorari to the united states court of customs and patent ppeals. No. 79–1112. Argued october 14, 1980. Decided march 3, 1981. URL: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=450&invol=175>.
4. Compare In re Lowry, 32 F.3d 1579, 1583-84, 32 USPQ2d 1031, 1035 (Fed. Cir. 1994). URL: <http://digital-law-online.info/cases/32PQ2D1031.htm>.
5. United States Patent US5664177 – Data processing system having a data structure with a single, simple primitive US patent 5,664,177 (1997). URL: http://www.patentlens.net/patentlens/patents.html?patnums=US_5664177.
6. Файнберг М. Еволюція стандарту патентоздатності в США 24 червня 2010 року. Нью Йорк. URL: <http://www.slideshare.net/mfainberg/patentability-presentation-4694575>.
7. In re Bilski, 545 F.3d 943, 88 USPQ2d 1385 (Fed. Cir. 2008) // In re Bernard I. Bilski and Rand A Warsaw April 7, 2008 // United States Court of Appeals for the federal circuit appeal

no. 2007–1130 serial no. 08/833,892. URL: <http://www.ca9.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/07-1130.pdf>.

8. Charles R. Macedo Processes must be tied to machine or transform matter to be patent-eligible in the United States. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*. January 27, 2009. URL: http://www.arelaw.com/downloads/ARElaw_MachineOrTransformation.pdf.

9. Prometheus Laboratories, Inc v Mayo Collaborative Services and Mayo Clinic Rochester, 628 F.3d 1347, 1355-56 (Fed. Cir. 2010). URL: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1150.pdf>.

10. Mayo medical laboratories, and Mayo clinic Rochester v. Prometheus laboratories, INC., Respondent. Argued December 7, 2011, Decided March 20, 2012. URL: <http://www.aipa.org/advocacy/judicial/2011/Documents/Mayo%20v%20%20Prometheus%20-%20AIPA%20Amicus.pdf>.

11. Gerald Goldberg, Original Patents Issued Per Fiscal Year for TC 2700, (unpublished study, available in app. 1, infra). URL: <http://www.nipli.org/docs/computer.pdf>.

12. Telesco; William J. (Torrington, CT) «Methods, systems, and computer program products for search result driven charitable donations» June 12, 2012 / Current U.S. Class: 707/705; 705/39. URL: <http://www.google.com/patents/US8200644>.

Одержано 14.04.2017

УДК 346.26/347.191

Ліліана Василівна Сіщук,

*науковий співробітник лабораторії проблем корпоративного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
кандидат юридичних наук*

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ УПРАВЛІННЯ У ПРИВАТНОМУ ПІДПРИЄМСТВІ

Як показує практика правозастосування, починаючи відлік з часу набуття Україною незалежності і до нині, більшість юридичних осіб, що створюються на вітчизняному ринку з метою ведення малого і середнього бізнесу, реєструються учасниками цивільних правовідносин у організаційно-правовій формі товариств з обмеженою відповідальністю або ж як приватне підприємство.

Якщо звернути увагу на специфіку регулювання у законодавстві питань, пов'язаних із діяльністю і управлінням зазначеними юридичними особами, то, як відомо, правове становище товариств з обмеженою відповідальністю більш-менш врегульовано на кодифікованому рівні, а також окремими нормами Закону України «Про господарські товариства». Більше того, ведеться правотворча діяльність з підготовки зареєстрованого законопроекту про товариства з обмеженою відповідальністю для подальшого розгляду у Верховній Раді України і прийняття відповідного закону.

Інша ситуація має місце щодо приватних підприємств, оскільки правового регулювання діяльності таких суб'єктів на рівні законодавства фактично не закріплено. Адже Господарський кодекс України (далі – ГК України) дає тільки дефініцію «приватне підприємство» (Глава 11), а у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) не передбачено такої організаційно-правової форми, як приватне підприємство. У зв'язку з цим, порядок організації та здійснення управління приватним підприємством визначається його установчими та іншими внутрішньокорпоративними документами з урахуванням загальних

положень про суб'єктів господарювання, визначених у Главах 6 та 7 ГК України, і загальних положеннях про юридичні особи, визначених у Главі 7 ЦК України. Зокрема, у ч. 1 ст. 83 ЦК України зазначається, що юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Наведене положення, з урахуванням норм ст. 63 ГК України, що визначає види і форми підприємств, дає підстави відносити до інших форм юридичних осіб й приватні підприємства.

Так, згідно ч. 3 ст. 62 ГК України, підприємство, якщо законом не встановлено інше, діє на основі статуту або модельного статуту. При цьому, відповідно до ч. 4 ст. 57 ГК України, статут суб'єкта господарювання повинен містити відомості ... про органи управління і контролю, їх компетенцію, ..., а також інші відомості, пов'язані з особливостями організаційної форми суб'єкта господарювання, передбачені законодавством. Статут може містити й інші відомості, що не суперечать законодавству. Згідно ч. 1 ст. 88 ЦК України, у статуті вказуються найменування юридичної особи, органи управління товариством, їх компетенція, порядок прийняття ними рішень, ... якщо додаткові вимоги щодо змісту статуту не встановлені цим Кодексом або іншим законом.

Державний комітет з питань регуляторної політики та підприємництва, який у своєму листі від 15.03.2011 № 2571, даючи роз'яснення стосовно деяких питань діяльності приватного підприємства, також відзначив, що зважаючи на відсутність в законі спеціальної вказівки щодо приватних підприємств, то єдиним і обов'язковим для даного виду підприємств установчим документом є статут, який за своїм змістом повинен відповідати загальним вимогам, передбаченим частиною четвертою статті 57 ГК України, а саме – містити відомості про ... органи управління і контролю, їх компетенцію, ... а також інші відомості, пов'язані з особливостями організаційної форми суб'єкта господарювання, передбачені законодавством.

Отже, оскільки спеціальним законодавством не передбачений механізм управління приватним підприємством, такі відносини регулюються установчим документом – статутом. Статут є локальним актом, положення якого визначають порядок створення, діяльності, реорганізації та ліквідації приватного підприємства. Особливістю складання і затвердження статуту є те, що у такому акті можна закріплювати положення для заповнення прогалів у законодавстві, якщо на це немає прямих законодавчих заборон, а також якщо це не впливає зі змісту чи з суті таких відносин.

Тому у кожному конкретному випадку на питання про особливості структури управління приватним підприємством потрібно шукати відповідь саме в положеннях установчого документа і внутрішньокорпоративних положеннях про діяльність органів управління, якщо такі акти розроблені і затверджені засновником підприємства. Так, відповідно до ч. 2 ст. 65 ГК України, власник здійснює свої права щодо управління підприємством безпосередньо або через уповноважені ним органи відповідно до статуту підприємства чи інших установчих документів. З наведеного випливає, що засновник має право самостійно здійснювати управління підприємством та/або створювати і передавати окремі питання на вирішення іншим органам управління, що має бути закріплено в установчих документах шляхом визначення принципів і правил управління підприємством, а також визначення ієрархічної структури органів управління таким підприємством з визначенням їх компетенції.

Таким чином, можна припустити, що стратегічні, тактичні та поточні питання діяльності товариства можуть вирішуватися виключно засновником (власником) майна приватного підприємства. Оскільки відсутні спеціальні норми закону, що визначали б перелік питань, що відносяться до виключної компетенції засновника (власника) приватного підприємства, який виступає вищим органом підприємства, то такий перелік визначається

статутом. Специфікою питань, що віднесені статутом до виключної компетенції вищого органу управління є те, що такі питання вирішуються тільки вищим органом управління і не можуть бути передані до виконання іншим органам управління без належного на те розпорядження вищого органу – засновника (власника) підприємства.

Якщо звернути увагу на п. 1 ч. 1 ст. 63 і ст. 113 ГК України, то приватним підприємством визнається підприємство, що діє на основі приватної власності одного або кількох громадян, іноземців, осіб без громадянства та його (їх) праці чи з використанням найманої праці. Приватним є також підприємство, що діє на основі приватної власності суб'єкта господарювання – юридичної особи. З закріпленої дефініції випливає, що підприємство є юридичною особою, а тому приватне підприємство і засновник (власник) такого підприємства є самостійними суб'єктами права. Засновник (власник) приватного підприємства при створенні юридичної особи набуває по відношенню до неї корпоративних прав, одним із яких, відповідно до ст. 167 ГК України, є право на участь в управлінні справами господарської організації, а приватне підприємство є власником майна, переданого засновником (власником) до статутного капіталу підприємства. При цьому, саме засновник (власник) приватного підприємства, реалізуючи право на участь в управлінні, має можливість на власний розсуд затверджувати установчі документи і вносити до них зміни, в тому числі щодо питання організації та здійснення управління справами приватного підприємства, визначення структури та компетенції керівних органів та інших питань із врахуванням загальних положень чинного законодавства, що визначають загальні вимоги до форми та змісту таких документів.

Також у ч. 3, 5 ст. 65 ГК України закріплено положення, що для керівництва господарської діяльності підприємства власник (власники) безпосередньо або через уповноважені органи ... призначає (обирає) керівника підприємства, який є підзвітним власнику, його уповноваженому органу чи наглядовій раді. Керівник підприємства без доручення діє від імені підприємства, представляє його інтереси в органах державної влади і органах місцевого самоврядування, інших організаціях, у відносинах з юридичними особами та громадянами, формує адміністрацію підприємства і вирішує питання діяльності підприємства в межах та порядку, визначених установчими документами. Відповідно до ч. 1 ст. 92 ЦК України, юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону.

Аналіз зазначених нормативних положень, із врахуванням специфіки функціонування приватного підприємства, дає підстави для висновку, що засновник (власник) приватного підприємства має право створювати виконавчий орган. Виконавчим органом є директор (керівник) підприємства, який вирішує поточні питання діяльності підприємства, за винятком тих, що віднесені статутом до виключної компетенції засновника (власника). Також засновник (власник) підприємства може приймати рішення про передачу частини повноважень, що належать йому, до компетенції виконавчого органу (директора, керівника). При цьому директор є підзвітним засновнику (власнику) підприємства і організовує виконання його рішень. Не є виключенням і можливість виконувати повноваження директора засновником приватного підприємства, оскільки прямої заборони закон не містить.

У зв'язку з цим, юридичною підставою виникнення і реалізації повноважень директора приватного підприємства може бути: 1) положення установчих документів або закону, якими передбачається право (повноваження) певного органу чи органів юридичної особи діяти в її інтересах (а саме, визначення в статуті переліку та структури органів підприємства, їх компетенцію та обсяг повноважень), що передбачено ч. 2 ст. 92 ЦК України; 2) довіреність у випадках, визначених установчими документами або законом. Разом з

тим, у статуті доцільно визначати перелік питань, що можуть вчинятися без довіреності, а також випадки, у яких виконання ряду дій товариства має вчинятися виключно за згодою засновника (власника) підприємства на підставі довіреності.

Тому згідно ч. 3, 4 ст. 92 ЦК України, орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень. Порушення цього обов'язку призводить до негативних наслідків у внутрішніх відносинах юридичної особи. Якщо ж члени органу юридичної особи та інші особи, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, порушують свої обов'язки щодо представництва, вони несуть солідарну відповідальність за збитки, завдані ними юридичній особі.

Таким чином, особливості управління приватним підприємством повинні чітко прописуватися в установчих документах із врахуванням загальних положень чинного законодавства, що визначають загальні вимоги до форми та змісту таких документів, що є основним регулятором діяльності приватного підприємства. Зокрема, з метою уникнення зловживань зі сторони засновника приватного підприємства та недопущення перевищення повноважень чи бездіяльності виконавчим органом такої юридичної особи важливе значення має організація управління приватним підприємством з чіткою структурою і визначеною компетенцією керівних органів.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.1

Катерина Олегівна Скриннікова,

викладач кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3721-4462>

ПРОБЛЕМА НОРМАТИВНОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРАВ ПАЦІЄНТІВ У ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

На сучасному етапі проведення реформи системи охорони здоров'я набуває особливого значення питання забезпечення захисту прав пацієнтів у договірних відносинах. Однак, на даний час, відсутнє ефективне нормативно-правове регулювання відносин у сфері медицини. В результаті права пацієнтів не досить чітко деталізовані, що призводить до зловживань медичними установами.

Дослідженням зазначеного питання неодноразово займалися науковці, зокрема такі як: С. Б. Булеца, І. В. Венедиктова, О. В. Крилова, Г. Колоколов, А. В. Савицька, О. І. Смотров, І. Я. Сенюта, С. Г. Стеценко, М. М. Малєїна. Однак, на цей час, існують окремі питання, які не в повній мірі висвітлені в дослідженнях вчених, пов'язані з питаннями захисту прав пацієнтів в договірних відносинах.

Пацієнт є основним учасником цивільно-правових відносин у сфері охорони здоров'я, оскільки за відсутності такого суб'єкта в існуванні цієї системи немає сенсу.

Науковцями по різному трактується поняття «пацієнт». С. Г. Стеценко пропонує таке визначення поняття «"пацієнт" – це особа, яка звернулась за наданням профілактичної,

діагностичної, лікувальної чи реабілітаційно-відновної допомоги до закладу охорони здоров'я будь-якої форми власності чи медичного працівника індивідуальної практики незалежно від стану здоров'я або добровільно погодилась на проведення медико-біологічного експерименту» [1].

Г. Колоколов пропонує своє визначення поняття «пациент – лицо, обратившееся в лечебное учреждение любой организационно-правовой формы, к врачу частной практики за получением диагностической, лечебной, профилактической помощи независимо от того, болен он или здоров» [2].

Проаналізувавши норми чинного законодавства ми зустрічаємо в ст. 3 Основ законодавства про охорону здоров'я визначення: «пациент – фізична особа, яка звернулася за медичною допомогою та/або якій надається така допомога» [3]. Однак, чи можемо ми сказати що законодавець закріпивши таку норму вирішив питання визначення поняття пацієнта як взагалі так і в договірних відносинах. Однозначної відповіді ми отримати не можемо, оскільки це визначення є дуже стислим. А саме, особа яка звернулася до медичної установи за отриманням медичної послуги виходячи з вище зазначеного поняття не буде набувати статусу пацієнта, оскільки вона звернулася за медичною послугою, а не допомогою, а отже і не зможе скористатися правами які надаються пацієнтові при зверненні за медичною допомогою.

Тобто хоча й існує в законодавстві закріплене поняття «пациент», однак стверджувати що воно є ефективним не видається можливим. Питання про деталізацію прав пацієнтів та відповідно їх захисту також залишається відкритим.

Звертаючись до норм національного законодавства, згадування про права пацієнтів зустрічається в статті 24¹ Основ законодавства про охорону здоров'я, зазначається, що правові, економічні, організаційні основи захисту прав та законних інтересів пацієнтів визначаються законом. Однак, до теперішнього часу жодним нормативно-правовим актом не врегульований механізм захисту прав пацієнтів.

Для урегулювання питання захисту прав пацієнтів було складено дуже багато міжнародних документів, таких як: Гельсінська декларація 1964 року, Лісабонська декларація про права пацієнтів 1981 року, Копенгагінська декларація 1994 року, Декларація про політику в сфері забезпечення прав пацієнтів в Європі 1995 року та 2002 році була прийнята Європейська хартія прав пацієнтів. Також в багатьох країнах у сфері охорони здоров'я існують і спеціальні нормативно-правові акти, що врегульовують питання захисту прав пацієнтів, в Литві (1996), Ісландії (1997), Іспанії (1998), Данії (1999), Бельгії (2002), Франції (2002), Аргентині (2009). В Україні були спроби усунути прогалини в сфері захисту прав пацієнтів, а саме було розроблено проект Закону «Про захист прав пацієнтів», у якому визначені не тільки поняття «пациент» «права пацієнтів», а і дуже чіткий перелік прав пацієнтів з урахуванням міжнародного досвіду з питання захисту прав пацієнтів. Проте до теперішнього часу він не прийнятий.

Відсутність закріплення у національному законодавстві України переліку прав пацієнтів, механізму захисту прав пацієнтів, призводить до того, що в договірних відносинах медичні заклади не приділяють належної уваги правам пацієнтів, бажаючи як найкраще прописати саме ті вимоги в яких зацікавлений заклад, а це в свою чергу призводить до порушення прав пацієнтів та виникненню певної кількості судових справ.

Тобто посилаючись на ст. 24¹ Основ законодавства про охорону здоров'я в питанні захисту прав пацієнтів ми приходимо до того, що законодавець передбачає можливість захисту прав пацієнтів, однак не дає переліку прав та жодним чином не встановлює

механізм захисту цих прав. Вирішенням цих важливих питань може стати запровадження спеціального нормативно-правового акту який чітко врегулює і значно знизить нагальність питання ефективного правового врегулювання цієї сфери цивільних правовідносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Стеценко С. Г., Стеценко В. Ю., Сенюта І. Я. Медичне право України: підручник/за заг. ред. С. Г. Стеценка. Київ: Прав. єдність, 2008. 507 с.
2. Колоколов Г. Защита прав пациентов. М.: ГроссМедиа, 2009. 192 с.
3. Основи законодавства України про охорону здоров'я: закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.

Одержано 22.04.2017

УДК 347.1

Олександр Васильович Соболев,

доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5720-7844>

СМЕРТЬ ЯК БЛАГО

В свій час аналізуючи поняття «благо», останньому було надане наступне визначення. Благо – це предмет, явище, або дія, які виникають або в результаті стихійного розвитку природи (природні блага), або як предмет культури, продукти діяльності людини, що виражають визначену цінність (суспільні блага) і призначене для задоволення визначених потреб людини [1, с. 122]. Звісно, що до природних благ повною мірою можна віднести таке благо як життя. За Конституцією України (ст. 3) життя людини визнається найвищою соціальною цінністю. Стаття 201 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) передбачає, що одним із особистих немайнових благ, яке охороняється цивільним законодавством є життя. Зрозуміло, що якщо життя є певним благом, то відповідно антипод життю – смерть необхідно віднести до негативного явища, зла.

Роблячи попередні висновки нібито становиться зрозуміло, що смерть – це зло, і про її стан як блага не може бути й мови. Але це тільки на перший погляд.

Перш за все необхідно з'ясувати, чи дійсно життя і смерть є протиріччям одне одному. Як зазначає Т. Олдак категорії «життя» і «смерть» є взаємовиключними одна по відношенню до іншої, оскільки коли існує одна, існування іншої неможливо [3, с. 432]. Свого часу А. П. Зільбер висловлював думку про те, що смерть є складовою частиною життя і притому – її неминучою частиною [4, с. 20]. Складно зробити в цьому випадку будь-який категоричний висновок. Слід тільки додати, що окремі філософи і теологи вважають, що душа людини продовжує своє існування втративши лише тілесну оболонку. Цілком об'єктивні і доволі достовірні статистичні дослідження свідчать, що на даному етапі розвитку наших знань про природу та суспільство помирає 100 відсотків населення землі [4, с. 19]. Тобто на сучасному етапі розвитку науки смерті не уникнути, і тому вважається за необхідне розглянути проблему як зробити смерть приємною, нестрашною та легкою, щоб для людини, яка помирає, вона стала дійсно благом.

Не має жодного сумніву, що зазначені в Конституції України і ЦК України блага (життя та здоров'я) нерозривно пов'язані одне з одним. Зрозуміло, що стан здоров'я повинен бути таким, щоб особа могла жити [5, с. 10]. Але, як показує практика, деякі захворювання викликають значні фізичні та моральні страждання. Медицина завжди замислювалася над тим, як полегшити страждання хворого. Нерідко, коли лікарі впевнені, що результат один – смерть, виникає логічне питання, навіщо продовжувати муки пацієнта штучним підтриманням життя. Може полегшити його долю, зробив смертельну ін'єкцію, припинив його страждання [6, с. 98].

Благо життя безпосередньо без такого блага як здоров'я становиться не аби яким тягарем для людини. І в цьому випадку необхідно замислитися про необхідність повернутися до розгляду на законодавчому рівні проблеми застосування еутаназії до таких хворих. Здається, вона просто необхідна для позбавлення людини від довготривалих фізичних та моральних страждань.

Слід також звернути увагу на деякі висловлювання деяких християнських релігійних діячів. Свт. Амвросій Медиоланський в своєму трактаті «Про благо смерті» зазначав, що згідно язичеським філософам смерть не є зло, вона це тільки відсутність будь-яких відчуттів. Для християнина смерть повинна бути довгоочікуваною і не порівнянною з будь-яким життєвим благом зустрічі з Христом, самим бажаним воз'єднанням душі з Богом, якому вже не перешкоджають ніякі тілесні перешкоди. Смерть приходить в світ для припинення гріха, але зовсім не означає кінець світу. Смерть ховає гріх і пробуджує чесноти душі [7, с. 7].

Підводячи підсумок розглянутому питанню хотілося би звернути увагу на той факт, що в певних обставинах, пов'язаних перш за все із станом невиліковно хворої людини, коли життя стає для неї скоріше болісним тягарем ніж благом, припиненням страждань для неї є смерть яка дійсно стає єдиним благом.

Також необхідно зазначити, що обрана тема підлягає більш детальному вивченню, особливо це пов'язано з приділенням суспільством все більшої уваги до проблеми трансгуманізму, згідно якого людина перетворюється в надлюдину, якій не буде відоме поняття смерть взагалі.

Список бібліографічних посилань:

1. Соболев О. В. Поняття блага // Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О. А. Пушкіна (Харків, 30 трав. 2015 р.). Харків: Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2015. 468 с.
2. Олдак Т. Особисте немайнове право – право на життя // Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О. А. Пушкіна (Харків, 22 трав. 2010 р.). Харків: Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2010. 458 с.
3. Зильбер А. П. Трактат об эйтаназии. Петрозаводск: Изд-во ПетрГУ, 1998. 464 с.
4. Резник Е. С. Право на жизнь: гражданско-правовые аспекты: монография. М.: Юрлитинформ, 2010. 184 с.
5. Романовский Г. Б. Гносеология права на жизнь. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 370 с.
6. Свт. Амвросий Медиоланский. О благе смерти/пер. с лат., вступ. стат. и прим. Н. Крамар. Киев: Изд-тво муж. монастыря «Свято-Покровская Голосеевская пустынь», 2013. 48 с.

Одержано 24.04.2017

УДК 347:741

Ольга Анатоліївна Сурженко,*доцент кафедри цивільного права № 1**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук***ЗАГАЛЬНЕ РОЗУМІННЯ ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ**

Стосовно обороту матеріальних благ та інших об'єктів цивільних прав як антипода їх закріпленості за окремою особою слід зазначити на термінологічні та змістовні варіації.

У ЦК України відсутнє визначення обороту, але в ст. 178, 432 і деяких інших йдеться про оборотоздатність, оборот окремих об'єктів, а в ст. 526–529, 531 і багатьох інших – про діловий оборот (в контексті звичаїв).

Більш різношерста термінологія вживається в ГК України, де згадується про товарний оборот (ст. 263), готівковий оборот (ст. 10), господарський (діловий) оборот (ст. 199), господарський (комерційний) оборот – ст. 156, 157 або просто господарський оборот (ст. 33, 159) або навіть просто про оборот (ст. 14, 23, 163–166).

У законах України також використовується різна термінологія: «цивільний оборот» (ст. 3 Закону України «Про цінні папери і фондовий ринок» [1], ст. 1 Закону України «Про електронну комерцію» [2]), «оборот на біржі» (статті 4, 15 Закону України «Про товарну біржу» [3]).

Що стосується суті цього поняття, то розбіг думок тут також великий. Ключовим словом, що характеризує оборот, є «відчуження» об'єктів різними способами [4, с. 179; 5, с. 40], під яким розуміється насамперед договірний порядок. Але є й висловлювання про те, що цивільний оборот не завжди пов'язаний з відчуженням об'єктів [6, с. 37], до нього відноситься також оренда майна. Змістом цього поняття охоплюються й інші дії, відмінні від правочинів [7, с. 132].

При всьому тому розуміння обороту як динамічних відносин все ж відносно універсально, хоча і для його розкриття використовуються різні терміни і моделі таких відносин – це і процес переходу благ або прав на них, і сукупність майнових правовідносин, і подібні до них. Смысловое навантаження при цьому полягає в зміні права на об'єкт або зміні суб'єкта, що має це право, або в переході прав / передачі об'єктів від однієї особи до іншої. Загалом навколо цієї термінології зазвичай розгортаються дискусії, мета яких, ймовірно, в спробах зняти деякі суперечності у використовуваних поняттях.

Не приєднуючись до спорів, які ведуться з цих питань, відзначимо те, що, як нам здається, важливіше для розкриття сутності цивільного обороту. Це стосується: а) об'єктів, які знаходяться в обороті; б) умов, необхідних для перебування їх в обороті; в) порядку, завдяки якому об'єкти можуть обертатися; г) договорів, що укладаються з метою переходу прав на ті чи інші об'єкти від однієї особи до іншої; ґ) інших дій, які опосередковують обіг об'єктів; д) правонаступництва.

Загальна норма про об'єкти, що знаходяться в обороті, міститься в ст. 178 ГК України, і вона регулює не тільки речі і майно, а й всі об'єкти цивільних прав (ст. 177 ЦК України). Якщо взяти за основу розуміння обороту як відчуження, то, звичайно, неминучі суперечності при вживанні виразу «оборот результатів робіт» або «оборот послуг», а тим більше «продаж послуг», де мається на увазі їх надання, в результаті чого інша особа її отримусь. Не дарма законодавець вживає термін «товари» стосовно договору купівлі-продажу в якості предмета цього договору (ст. 656 ЦК України), тим самим залучаючи

його до похідного терміну «товарообіг», до чого, власне, і зводиться за великим рахунком оборот. Тому саме товар є тим об'єктом, який перебуває в обороті. Їм можуть бути, перш за все, різні речі, цінні папери, гроші.

Умови обігу об'єктів / товарів містяться як в загальній нормі ст. 178 ЦК України (про оборотоздатність), так і в спеціальних нормах, наприклад, ст. 658 ЦК України, відповідно до якої право продажу товару, крім примусового продажу, належить його власнику. Це пов'язано з правонаступництвом, яке має місце при обороті товару. Умови для біржових операцій містяться в ст. 15 Закону України «Про товарну біржу», відповідно до якої такими можуть бути тільки купівля-продаж, поставка й обмін товарів, допущених до обороту на товарній біржі. При цьому на біржі відчужуються тільки партії товарів з дотриманням вимог лістингу (статті 1, 23, 25 та ін. Закону України «Про цінні папери і фондову біржу»).

Порядок обороту товарів переважно визначається договором (якщо їх оборот здійснюється на підставі договору). Він передбачає домовленість про строк і місце передачі товару, строки і порядок оплати та ін. Якщо ж мало місце відчуження об'єкта не його власником, то його порядок регулюється відповідними нормативно-правовими актами.

Оборот товарів може здійснюватися необмежену кількість разів. Звичайно, це в першу чергу стосується неспоживних товарів (наприклад, цінних паперів). Більш того, для зручності їх обороту розроблені спеціальні правові механізми. Так, для продажу товару, що знаходиться у морського перевізника, використовується коносамент (ст. 140 Кодексу торговельного мореплавства України »[8]), для продажу товару, що знаходиться на складі, – подвійне складське свідоцтво (ст. 963 ЦК України, ст. 22 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва» [9]).

Ринки (товарний, фондовий) диктують необхідність врахування специфіки різних видів договорів купівлі-продажу: є поняття біржового товару, що продається на товарних і фондових біржах, є ринок нерухомості, де відбувається обіг цього майна. Звичайним для біржового обороту є спекулятивні угоди, які часто не мають на меті їх реальне виконання – ф'ючерсні і форвардні контракти. При цьому має місце специфіка відчуження різних об'єктів і різні правові механізми, задіяні при організації їх обороту, в тому числі контроль з боку держави. Найбільш значимі з них стосуються фінансових ринків. І, звичайно, знайомий кожному споживачеві договір роздрібної купівлі-продажу (§ 2 гл. 54 ГК України).

Навпаки, оборот інших об'єктів буває разовим або іншим чином обмеженим. Так, якщо продається об'єкт незавершеного будівництва в процесі приватизації, то його подальше відчуження здійснюється лише за умов дотримання його новим власником договору купівлі-продажу та за згодою органу приватизації (ст. 19 Закону України «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва» [10]).

Таким чином, поняття обороту товарів досить різноманітне, він регулюється різними нормативно-правовими актами та може бути в найзагальнішому вигляді зведений до відчуження майна або переходу різних прав / благ від однієї особи до іншої.

Список бібліографічних посилань:

1. Про цінні папери і фондовий ринок: закон України від 23.02.2006 № 3480-IV // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15>.
2. Про електронну комерцію: закон України від 03.09.2015 № 675-VIII // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19>.
3. Про товарну біржу: закон України від 10.12.1991 № 1956-XII // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1956-12>.
4. Гелич А. О. Співвідношення понять «об'єкт цивільного правовідношення» та «об'єкт цивільного правонаступництва». *Часопис Київського університету права*. 2012. № 3. С. 177–182.

5. Сліпченко С. О. Відчуження як елемент цивільного обороту. *Університетські наукові записки*. 2014. № 4 (52). С. 36–42.

6. Бабенко М. В. Вирішення теоретичних засад цивільного обігу нерухомого майна. *Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації професійних спілок України. Серія «Право та державне управління»*. 2012. Вип. 2 (6). С. 35–40.

7. Вороніна Н. В. До питання оборотоздатності об'єктів цивільних прав. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2014. Вип. 6, т. 1. С. 131–133.

8. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 № 176/95-ВР // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-вр>.

9. Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва: закон України від 23.12.2004 № 2286-IV // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2286-15>.

10. Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва: закон України від 14.09.2000 № 1953-III // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-14>.

Одержано 14.04.2017

УДК 347.191:330.322

Олена Петрівна Суц,

доцент кафедри правового регулювання економіки

Харківського національного економічного університету імені Семена Кузнеця,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3888-9613>

ПРАВА ТА ОБОВ'ЯЗКИ КОРПОРАТИВНОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ФОНДУ ЯК СУБ'ЄКТА ПРАВОВІДНОСИН З КОРПОРАТИВНОГО ІНВЕСТУВАННЯ

Змістом правовідносин з корпоративного інвестування, як і загально-цивільних правовідносин, є права та обов'язки їх учасників. Права та обов'язки суб'єктів корпоративного інвестування можуть установлюватися двома шляхами: 1) на рівні чинного законодавства; 2) на рівні укладених договорів при здійсненні корпоративного інвестування.

Законодавство України з питань діяльності інститутів спільного інвестування, зокрема, Закон України «Про інститути спільного інвестування», має істотні недоліки стосовно законодавчого закріплення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин з корпоративного інвестування. Так, у вказаному законі не закріплено перелік прав та обов'язків інвесторів корпоративного інвестиційного фонду, корпоративного інвестиційного фонду та компанії з управління активами, що призводить до неефективної діяльності інститутів спільного інвестування та порушення прав як інвесторів так і самого корпоративного інвестиційного фонду. Проте законодавцем чітко прописані обмеження в діяльності такої категорії суб'єктів, наприклад, ч. 3 ст. 14 Закону України «Про інститути спільного інвестування» закріплює обмеження діяльності корпоративного фонду. Виходячи з вищевикладеного, вважаємо за необхідне дослідити права та обов'язки корпоративного інвестиційного фонду.

З огляду на суб'єктний склад правовідносин з корпоративного інвестування, необхідно визначити:

1. Права та обов'язки інвесторів-акціонерів корпоративного інвестиційного фонду;

2. Права та обов'язки корпоративного інвестиційного фонду;

3. Права та обов'язки компанії з управління активами корпоративного інвестиційного фонду.

Проблемним аспектом дослідження прав та обов'язків корпоративного інвестиційного фонду як суб'єкта правовідносин з корпоративного інвестування є те, що в Законі України «Про інститути спільного інвестування» права та обов'язки означеного суб'єкта не закріплені. Проте, ст. 14 Закону України «Про інститути спільного інвестування» закріплено обмеження діяльності корпоративного фонду, відповідно до якої корпоративний фонд не має права:

1) здійснювати емісію цінних паперів, крім акцій корпоративного фонду;

2) надавати активи у заставу в інтересах третіх осіб;

3) розміщувати акції корпоративного фонду за ціною, нижчою від вартості чистих активів корпоративного фонду в розрахунку на одну акцію, що перебуває в обігу, крім розміщення акцій корпоративного фонду серед засновників з метою формування початкового статутного капіталу корпоративного фонду;

4) відмовитися від викупу власних акцій з підстав, не зазначених у Законі України «Про інститути спільного інвестування» або нормативно-правових актах НКЦПФР;

5) створювати будь-які спеціальні або резервні фонди;

6) надавати позику (крім венчурного фонду).

На нашу думку, до **прав** корпоративного інвестиційного фонду необхідно віднести наступні:

1) обирати та змінити компанію з управління активами;

2) обирати та змінювати зберігача активів;

3) обирати та змінювати аудитора корпоративного інвестиційного фонду;

4) обирати та змінювати незалежного оцінювача майна;

5) обирати та змінювати депозитарія цінних паперів;

6) продовжити за рішенням загальних зборів учасників корпоративного інвестиційного фонду строк діяльності строкового корпоративного фонду;

7) за рішенням загальних зборів приймати рішення стосовно збільшити (зменшити) статутний капітал;

8) прийняти рішення про виплату дивідендів та затвердження їх розміру для закритого корпоративного фонду, якщо можливість їх виплати передбачена статутом такого корпоративного фонду;

9) реєстраційна комісія загальних зборів корпоративного інвестиційного фонду має право відмовити в реєстрації учаснику корпоративного фонду (його представнику) в разі відсутності в учасника корпоративного фонду (його представника) документів, які надають йому право на участь у загальних зборах відповідно до законодавства;

10) за договором депозитарію або компанії з управління активами корпоративного фонду передавати повноваження реєстраційної комісії загальних зборів;

11) венчурний фонд має право надавати кошти у позику.

Обов'язками корпоративного інвестиційного фонду є:

1) здійснювати діяльність виключно із спільного інвестування;

2) обов'язково нарахувувати та виплачувати дивіденди інвесторам-акціонерам закритого корпоративного фонду;

3) надавати інвесторові інформацію про діяльність корпоративного фонду;

4) на вимогу учасника корпоративного фонду корпоративний фонд або особа, яка веде облік права власності на акції такого фонду, зобов'язані надати інформацію про

включення його до переліку учасників корпоративного фонду, які мають право на участь у загальних зборах;

6) персонально письмово повідомляти інвесторів корпоративного інвестиційного фонду про проведення загальних зборів та їх порядок денний у спосіб, передбачений статутом корпоративного фонду, не пізніше ніж за 30 календарних днів до дня їх проведення. А відповідно до _н. 19 Закону України «про інститути спільного інвестування» не пізніше ніж за 30 календарних днів до дня проведення загальних зборів корпоративний інвестиційний фонд з кількістю учасників понад 1000 осіб незалежно від способу розміщення акцій корпоративного зобов'язаний опублікувати в офіційному друкованому виданні НКЦПФР повідомлення про проведення загальних зборів;

7) надсилати повідомлення про проведення загальних зборів фондовій біржі, якщо акції корпоративного інвестиційного фонду перебувають в обігу на фондовій біржі;

8) обов'язково включати до порядку денного загальних зборів пропозиції інвестора (інвесторів) корпоративного інвестиційного фонду, які сукупно є власниками 5 або більше відсотків акцій корпоративного фонду;

9) здійснювати викуп акцій корпоративного інвестиційного фонду:

у будь-який час на **вимогу** інвесторів відкритого корпоративного інвестиційного фонду;

протягом обумовленого у проспекті емісії строку (інтервалу) на вимогу інвесторів _н.тервального типу корпоративного інвестиційного фонду;

до моменту його припинення на **вимогу** закритого відкритого корпоративного інвестиційного фонду;

10) припинити діяльність виключно шляхом ліквідації.

Отже, на підставі аналізу норм Закону України «Про інститути спільного інвестування» можемо констатувати, що об'єм прав та обов'язків суб'єктів правовідносин з корпоративного інвестування на законодавчому рівні не закріплений, що призводить до неефективної діяльності інститутів спільного інвестування та порушення прав як інвесторів так і самого корпоративного інвестиційного фонду.

Одержано 26.04.2017

УДК 347.51

Ірина Ігорівна Сядриста,

доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності

факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4340-3593>

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРІВ ЗА СУБ'ЄКТИВНІ ЗЛОВЖИВАННЯ

Акціонери відіграють головну роль в акціонерному товаристві (далі – АТ), оскільки будучи власниками цінних паперів, які засвідчують дольову участь в статутному фонді товариства вони мають право вирішувати найголовніші питання його діяльності. Законодавчо закріплена майнова незалежність АТ від зобов'язань його акціонерів і навпаки, акціонери не відповідають за зобов'язаннями АТ (ст. 152 ЦК України) [1]. Відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства», акціонери не відповідають за

зобов'язаннями товариства і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, тільки в межах належних їм акцій. Отже, однією з істотних ознак АТ, що вирізняє його з-поміж інших організаційно-правових форм юридичних осіб, є обмежена відповідальність його акціонерів, межі якої окреслюються розміром коштів (вартістю майна), внесених в оплату акцій [2].

Реалізуючи свої корпоративні права, акціонери формують єдину волю товариства, що має прояв у зовнішніх його відносинах у цивільному обороті. Але не завжди рішення акціонерів пов'язані з діяльністю та інтересами товариства. Наприклад, фізична особа є єдиним учасником АТ, при цьому повністю відмовляється від юридичної самостійності товариства, прибуток використовує у власних інтересах. Вважається, що така фізична особа переводить на себе ім'я товариства з метою ведення відповідної діяльності [3, с. 96], а отже юридична особа не може самостійно відповідати за власними зобов'язаннями, такий обов'язок виникає у її єдиного учасника як у солідарного боржника.

Схожу точку зору має Є. О. Суханов, який визначає теорію суб'єктивного зловживання [4, с. 186]. Відповідно до цієї теорії, у разі використання юридичної особи для вчинення зловживань у вигляді порушення договірних зобов'язань, відступлення від норм законодавства, обману третіх осіб учасники такої юридичної особи тим самим самі порушують її юридичну самостійність, оскільки остання заслуговує визнання товариства як суб'єкта, якщо вона (особа) здійснює безпосередню діяльність, для якої була створена.

Зазначений підхід не міститься в нормах чинного вітчизняного законодавства, навіть суперечить його основним засадам, де передбачено самостійну відповідальність юридичних осіб за їх зобов'язаннями (ч. 1 ст. 96 ЦК України), але має дуже велике практичне значення, оскільки досить часто акціонери, створюючи АТ, насправді здійснюють таку діяльність не в інтересах товариства, а у власних інтересах, а відповідальність за їх дії (бездіяльність) несе саме АТ.

Теоретичним підґрунтям можливості позбавлення акціонерів обмеженої відповідальності у країнах англо-американської правової системи слугує доктрина «підняття завіси корпорації» (корпоративної вуалі/маски), згідно з якою акціонери вважаються захищеними завісою корпорації – самостійною юридичною особистістю юридичної особи. Але у зв'язку з тим, що деякі учасники можуть використовувати завісу корпорації у власних цілях, що призводить до завдання шкоди корпорації, судові органи у певних випадках відступають від принципу самостійної юридичної особистості корпорації та примушують її розкрити свою діяльність, тобто «підняти завісу корпорації» [5, с. 111–114]. Якщо дії акціонера свідчать про те, що товариство фактично не було самостійною юридичною особою, відокремленою від акціонера, тобто якщо акціонер розпоряджається його майном як власним, він ризикує позбавитися обмеженої відповідальності. Підняття завіси корпорації – це застосування до акціонера додаткової відповідальності за зобов'язаннями товариства у разі наявності в останнього вирішального впливу на діяльність АТ. Чинному національному законодавству поки що відомий єдиний випадок, близький до підняття завіси товариства: ч. 6 ст. 126 ГК України [6] передбачає, що якщо корпоративне підприємство через дії або бездіяльність холдингової компанії виявляється неплатоспроможним та визнається банкрутом, то холдингова компанія несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями корпоративного підприємства.

У Німеччині існує таке поняття, як командитне товариство на акціях – це товариство, в якому хоча б один учасник несе необмежену відповідальність перед кредиторами товариства, інші несуть ризик збитків у межах своїх вкладів. Правовідносини учасників, що несуть необмежену відповідальність між собою та між даними особами та іншими

акціонерами, регулюються відповідно до положень про командитні товариства [7, с. 304–318]. Тобто в Німеччині існують такі види АТ, де поряд зі звичайними акціонерами, що не відповідають за зобов'язаннями товариства, є акціонери, що мають право вирішального впливу на діяльність товариства та разом із ним відповідають за всіма його зобов'язаннями перед кредиторами своїм майном.

Отже, додаткову солідарну відповідальність за зобов'язаннями АТ мають нести акціонери, які, здійснюючи діяльність від імені товариства, діють у власних інтересах, використовуючи прибуток товариства та здійснюють діяльність, не передбачену статутними документами АТ, тобто коли товариство фактично не було самостійною юридичною особою, відокремленою від акціонера, а останній використовував завісу корпорації у власних цілях, що вважається суб'єктивним зловживанням.

Список бібліографічних посилань:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
2. Про акціонерні товариства: закон України від 17.09.2008 № 514-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 50/№ 50–51. Ст. 384.
3. Дьяченко Е. Б. Контроль за корпорациями: доктрина и практика. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 148 с.
4. Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.
5. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. Киев: Юстиниан, 2003. 368 с.
6. Господарський кодекс України: закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144.
7. Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты/предисл. В. Бергман; науч. ред. и алф.-пр. ук. на рус. яз. Т. Ф. Яковлева; пер. с нем. и алф.-пр. ук. на нем. яз. Е. А. Дубовицкая. М.: Волтерс Клувер, 2009. 440 с.

Одержано 11.04.2017

УДК 347.441

Наталія Юліївна Філатова,

асистент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук

РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ УКЛАДЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОГОВОРІВ У СВІТЛІ ЗАПЛАНОВАНИХ ЗМІН ДО ЗАКОНОДАВСТВА

Минулого року до Верховної Ради України Кабінетом Міністрів України було подано проект закону «Про електронні довірчі послуги» № 4685, зареєстрований 17 травня 2016 року. Цей законопроект зокрема передбачає внесення суттєвих змін до регулювання процедури укладення електронних договорів з використанням електронних підписів і печаток та інших реквізитів, а також до ідентифікації суб'єктів таких договорів під час їх укладення. Планується, що з моменту прийняття вказаного закону Закон України «Про електронний цифровий підпис» втратить чинність.

Станом на тепер вказаний законопроект був прийнятий в першому читанні і переданий на повторне друге читання. З великою вірогідністю він буде прийнятий за підсумками чергового розгляду Верховною Радою України. Справа в тому, що, як вказують автори законопроекту в пояснювальній записці до нього, необхідність у його прийнятті викликана перш за все змінами у регулюванні відповідних питань у Європейському Союзі. Так, 23 липня 2014 року на заміну Директиві 1999/93/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 13 грудня 1999 року про рамки Співтовариства для електронних цифрових підписів прийнято Регламент (ЄС) № 910/2014 Європейського Парламенту та Ради від 23 липня 2014 року про електронну ідентифікацію та довірчі послуги для електронних транзакцій в межах внутрішнього ринку та про скасування Директиви 1999/93/ЄС (далі – Регламент 910/2014), який набрав чинності 1 липня 2016 року.

Прийняття Регламенту 910/2014 було обумовлено низкою причин і планувалося з 2010 року, коли Європейська Комісія в рамках обговорення на тему «Порядок денний щодо цифрових технологій в Європі» підняла проблему фрагментації ринку надання послуг з використанням електронних технологій, недостатнього рівня так званої «інтероперабельності» між системами ідентифікації осіб в різних країнах ЄС і стрімкого зростання кібер-злочинності і хакерства, що підривають безпеку у сфері укладення договорів з використанням новітніх технологій. Крім цього з'ясувалося, що Директива 1999/93/ЄС, якою встановлювались основні засади використання електронних підписів, не здатна створити єдине регулятивне поле на території всіх держав-членів ЄС, що пояснювалося кількома причинами. По-перше, Директива є специфічним джерелом європейського права: вона фактично не має прямої дії, оскільки є обов'язковою для держав-членів щодо результату, якого необхідно досягти, залишаючи при цьому за державами право вибору форми і способів його досягнення. По-друге, Директива залишала вирішення значної кількості питань за державами-членами, не зобов'язуючи їх слідувати певним імперативним вимогам. Це призвело до різних, іноді навіть протилежних, варіантів імплементації її положень до національного законодавства. Так, Німеччина й Австрія обрали найбільш суворий варіант імплементації. На рівні законодавства цих країн лише електронний цифровий підпис з кваліфікованим сертифікатом ключа може вважатися допустимим реквізитом письмової форми правочину. Натомість Бельгія і Великобританія обрали більш гнучкий варіант застосування Директиви. Тому на рівні законодавства цих країн будь-який підпис, який здатний ідентифікувати підписанта і забезпечити цілісність документа після його підписання, вважається допустимим для письмової форми. Звісно, протилежність підходів, застосованих у різних законодавствах, суттєво перешкоджала укладенню договорів з використанням електронних засобів зв'язу, сторонами яких були резиденти (громадяни) різних країн ЄС.

Саме з метою подолання цих протилежностей був розроблений і прийнятий Регламент 910/2014. На відміну від директиви, регламент як джерело європейського права має загальну дію, є обов'язковим в повному обсязі і підлягає прямому застосуванню в усіх державах-членах. Положення національного законодавства, які суперечать регламенту, не підлягають застосуванню.

Регламент 910/2014 принципово змінив підхід до регулювання низки відносин, пов'язаних з укладенням так званих електронних договорів.

По-перше, на відміну від Директиви, він має ширшу сферу регулювання і встановлює правила створення й використання не лише електронних підписів, а й електронних печаток (electronic seal) й електронних позначок часу (electronic time stamp). Регламент також впроваджує інститут реєстрованої електронної доставки даних (electronic registered

delivery service), яка дозволяє гарантувати цілісність і незмінність електронного документа з моменту його відправки до моменту його доставки електронними засобами.

По-друге, Регламент 910/2014 деталізує поняття і юридичний статус електронного підпису і його різновидів. Як і раніше, електронний підпис у ньому визначається як дані в електронній формі (електронний символ, процес тощо), що додаються або логічно пов'язуються з електронним записом і призначені для ідентифікації підписанта такого запису. Тобто, електронним підписом фактично можуть бути будь-які дані, які дозволяють певною мірою ідентифікувати підписанта, навіть його ім'я, вказане в електронній пошті, яку ця особа використовує в процесі укладення договору. Регламент також визначає два особливих різновиди електронного підпису – удосконалений електронний підпис (advanced e-sign) і кваліфікований електронний підпис (qualified e-sign). В основу визначення цих видів електронного підпису покладена модель електронного цифрового підпису, який створюється і перевіряється з використанням особливого способу шифрування даних – криптографії, і здатний одночасно і забезпечити високий ступінь надійності ідентифікації особи-підписанта, і попередити внесення щонайменших змін до документа після його підписання. Це досягається шляхом створення так званої «пари ключів» – особистого і відкритого: особистий ключ надається підписанту і є відомим лише йому, а відкритий ключ використовується контрагентом підписанта для перевірки справжності підпису на документі. Крім пари ключів підписанту і його контрагенту необхідний сертифікат відкритого ключа, який надає змогу контрагенту упевнитися в тому, що документ підписано саме тією особою, яка видає себе за підписанта. В залежності від того, ким видається такий сертифікат, і відрізняються удосконалений і кваліфікований підписи. Якщо для удосконаленого підпису сертифікат видається звичайним надавачем довірчих послуг, то для кваліфікованого – кваліфікованим надавачем (про різницю між ними – далі). При цьому Регламент вказує на те, що будь-який електронний підпис не може бути позбавлений юридичної сили і прийнятності як доказ у судових справах лише на тій підставі, що він має електронну форму або що він не відповідає вимогам кваліфікованого електронного підпису. Водночас кваліфікований електронний підпис є за юридичною силою еквівалентним власноручному підпису.

По-друге, Регламент 910/2014 впроваджує поняття «довірчих послуг» (trust services), які визначаються як електронні послуги, що зазвичай надаються за винагороду, і включають зокрема: а) послуги зі створення, шифрування і верифікації електронних підписів, печаток, позначок часу, реєстрованої доставки даних і сертифікатів, пов'язаних з цими послугами; б) створення, шифрування і верифікації сертифікатів для авторизації веб-сайтів; в) збирання електронних підписів, печаток і сертифікатів, пов'язаних з цими послугами.

По-третє, Регламент 910/2014 дещо змінює систему суб'єктів, уповноважених створювати, шифрувати і верифікувати електронні цифрові підписи й сертифікати, пов'язані з ними і водночас наділяє їх правом надавати інші довірчі послуги. На зміну так званим «постачальникам послуг з сертифікації», які передбачались Директивою, Регламент впроваджує таких суб'єктів, як «надавачі довірчих послуг» (trust service provider) і «кваліфіковані надавачі довірчих послуг» (qualified trust service provider). Перша категорія включає в себе юридичних і фізичних осіб, які надають одну або декілька довірчих послуг. Друга ж категорія включає лише тих надавачів довірчих послуг, яким надано статус кваліфікованого надавача цих послуг і які внесені до так званого «Довірчого списку» – спеціального реєстру кваліфікованих провайдерів. І кваліфіковані, і некваліфіковані надавачі послуг зобов'язані використовувати у своїй діяльності новітні технології і дбати про збереження особистих даних своїх клієнтів. При цьому діяльність обох видів провайдерів

підлягає перевірці з боку спеціально уповноважених державних органів, і обидва види надавачів послуг несуть відповідальність за шкоду, завдану фізичним або юридичним особам умисними або необережними діями, вчиненими з порушенням положень Регламенту. Однак лише кваліфіковані надавачі довірчих послуг мають право видавати кваліфіковані сертифікати електронних підписів, печаток, позначок часу тощо, які мають найвищий ступінь достовірності. Водночас кваліфіковані провайдери зобов'язані забезпечувати підвищений рівень охорони даних своїх клієнтів, попереджати випадки компрометації особистих ключів (їх розголошення третім особам) та нести інші обов'язки. У разі ж порушення цих обов'язків і заподіяння шкоди кваліфіковані надавачі послуг несуть повну відповідальність і вважаються винуватими, доки не доведуть, що ця шкода заподіяна не з їхньої вини (ст. 13).

Ці та інші положення Регламенту знайшли відображення і в законопроекті «Про електронні довірчі послуги» № 4685, зареєстрованому у Верховній Раді України 17 травня 2016 року. Слід позитивно оцінити те, що законопроект майже повністю дублює структуру Регламенту, оперує аналогічною термінологією і в цілому імплементує новітні досягнення у сфері регулювання відносин, пов'язаних з укладенням договорів за допомогою електронних засобів. Однак не варто її переоцінювати якість вказаного документа, оскільки поряд із позитивними новаціями він містить і суттєві недоліки.

По-перше, окремі положення законопроекту не узгоджуються із положеннями законів, які продовжити муть діяти і після його прийняття. Мова йде про Закон України «Про електронну комерцію», який визначає перелік видів підписів, що можуть бути застосовані під час укладення електронних договорів. Згідно зі ст. 12 цього Закону, якщо *відповідно до акта цивільного законодавства* або за домовленістю сторін електронний правочин має бути підписаний сторонами, моментом його підписання є використання: а) електронного підпису або електронного цифрового підпису; б) електронного підпису одноразовим ідентифікатором, який являє собою пін-код – алфавітно-цифрову послідовність, яку отримує особа, що авторизувалася в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції; в) аналога власноручного підпису за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів. Водночас у законопроекті № 4685 у ч. 2 ст. 17 вказується, що **електронна взаємодія фізичних та юридичних осіб, яка потребує відправлення, отримання, використання та постійного зберігання за участю третіх осіб електронних даних, аналоги яких на паперових носіях повинні містити власноручний підпис відповідно до законодавства, мають здійснюватись з використанням кваліфікованих електронних довірчих послуг. З цього випливає, що якщо певний правочин має бути підписаний стороною (сторонами), тобто, вчинений у письмовій формі, то підпис на ньому має бути кваліфікованим, тобто фактично лише електронним цифровим.**

По-друге, законопроект встановлює достатньо суперечливі підстави недійсності правочинів. Так, у ч. 5 ст. 23 законопроекту вказано, що правочин, вчинений в електронній формі, може бути визнаний судом недійсним у разі, коли під час його вчинення використовувався кваліфікований електронний підпис чи печатка, кваліфікований сертифікат якого не містить відомостей, передбачених цією статтею, або містить недостовірні відомості. Однак вбачається, що підстави недійсності правочинів повинні головним чином визначатися ЦК України. До речі, на це звертається увага і в Регламенті ЄС, в ст. 2 якого вказується, що він не втручається у питання укладення і дійсності правочинів. Крім цього, очевидно, що фальсифікація електронної печатки за наявності на документі електронного підпису взагалі не може бути підставою його недійсності, оскільки

печатка з 2014 року не є обов'язковим реквізитом письмової форми правочину. А фальсифікація електронного підпису з вини виключно третіх осіб є вкрай сумнівною підставою для визнання правочину недійсним, адже внаслідок цього можуть постраждати інтереси осіб, не винуватих у такій фальсифікації.

По-третє, законопроект, на відміну від Регламенту, фактично не містить положень про особливості підстав і умов відповідальності надавачів довірчих послуг, хоча й зобов'язує кваліфікованих надавачів здійснювати страхування їх відповідальності. Однак очевидно, що діяльність цих суб'єктів пов'язана з ризиком заподіяння істотної шкоди клієнтам і третім особам. Тому на рівні законодавства повинні бути окремо вирішено питання про особливості підстав, умов і обсягу їх відповідальності, як це зроблено у Регламенті.

Одержано 16.04.2017

УДК 347.1

Наталія Віталіївна Шишка,

*старший викладач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук*

ФОРМА УЧАСТІ ДЕРЖАВИ У ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

Невизначеність правового статусу держави у цивільних відносинах – не єдина проблема позитивного цивільного права України. Вона посилюється іншою проблемою органів державної влади, зокрема, їх правовим становищем при набутті та здійсненні цивільних прав та обов'язків для держави та участі у цивільних (зокрема, в договірних) відносинах.

Загалом, потреба у створенні та функціонуванні численних органів державної влади зумовлена різноманітністю функцій держави, які вона повинна виконувати. Для їх ефективної реалізації держава створює відповідні галузеві органи (міністерства), які є центрами певної самостійної системи [14, с. 80], що реалізують єдину державну політику у відповідній сфері і несуть відповідальність перед державою за діяльність очолюваної ними системи.

Тож, у науці цивільного права до цього часу залишається нерозв'язаним питання про те, як приймає участь держава Україна в договірних цивільних відносинах. Особливо виникає запитання: яка форма участі держави у цивільних, зокрема, у договірних відносинах?

Оскільки держава діє у цивільних відносинах через органи державної влади, необхідно встановити способи участі держави в цивільних (зокрема, договірних) відносинах. Аналіз наукової літератури наводить на те, що існують дві форми (моделі) участі держави в цивільних відносинах: моністична (безпосередня) та плюралістична (опосередкована). Поряд з цим, аналізуючи у конституційному праві основні державні форми (монократична (чи моністична), полікратична (чи плюралістична) та сегментарна (чи змішана)), можемо допустити, що на теоретичному рівні слід виділити й третю форму участі держави в цивільних відносинах – змішану (чи сегментарну). Як зазначає В. Є. Чиркін: «сегментарна державна форма – така структура, яка ніби складається з відрізків цілого (сегментів). Вона займає проміжне місце між монократичною і полікратичною формами» [16, с. 132], тобто має елементи першого та другого [17, с. 138].

Моністична (чи безпосередня) модель участі держави в цивільних відносинах полягає в тому, що основним та головним учасником цивільних відносин є держава [2, с. 238; 3, с. 137], правова конструкція якої запропонована ще римським правом [12, с. 29–30]. До речі, така модель була передбачена первісною моделлю проекту чинного ЦК України [15, с. 218], а питання переваги її над плюралістичною моделлю участі держави у цивільному обороті порушувалось окремими авторами [4, с. 238–239; 5, с. 74–76; 7, с. 196–198; 8, с. 61; 10, с. 41–53]. Поряд з цим деякі вчені [18, с. 12] вважають, що держава безпосередньо не може брати участь у цивільних правовідносинах. Однак, вважаємо, така позиція не відповідає науковим тенденціям, реаліям та позитивіській конструкції сприйняття способів участі держави у тих чи інших цивільних відносинах.

Плюралістична (чи опосередкована) модель передбачає, що від імені та в інтересах держави права та обов'язки набувають та здійснюють органи державної влади. Тобто опосередкована участь держави у цивільних відносинах досягається шляхом участі у відносинах юридичних осіб публічного права, які створені державою. Зокрема, таку модель закладено в ч. 2 ст. 326 ЦК України.

Як носій суверенітету, держава визначає коло відносин, в яких вона є безпосереднім учасником [13, с. 163–164], а в яких опосередкованим. Щодо цього, то С. М. Братусь вважав, що, вступаючи в цивільно-правові відносини, держава добровільно обмежує свій імунітет [1, с. 26], тобто визначає форму її участі у цивільних відносинах. З цим погоджується й О. О. Кутафін [11, с. 47, 51, 54], звертаючи особливу увагу на те, що вибір форми прояву такої правосуб'єктності для конкретних правовідносин відбувається не на розсуд самої держави, а залежить від суті правовідносин, в які вступає держава, і зазначає, що визнаючи публічно-правові утворення суб'єктами цивільного права, необхідно забезпечити таку їх участь у цивільно-правових відносинах, яка повною мірою дозволила б дотримати інтересів усіх учасників майнового обороту як юридично рівних суб'єктів, що перебувають у приватноправових відносинах один з одним [11, с. 47, 51, 54].

Аналізуючи підхід законодавця до участі держави у цивільних відносинах, слід зазначити, що правова природа держави як учасника цивільних відносин нині є моністичною (в тому сенсі, що держава в ст. 2 ЦК України поряд з фізичними та юридичними особами, іншими суб'єктами публічного права визнається учасником цивільних відносин та діє на рівних правах з іншими учасниками цивільних відносин (ч. 1 ст. 167 ЦК України)). Однак аналіз актів цивільного законодавства зумовлює до висновку, що модель участі держави у тих чи інших відносинах є різними та залежить від суті відносин, в яких вона бере участь. Від моделі участі держави у цивільних відносинах залежить і модель участі органів державної влади у цивільних відносинах: або вони беруть участь від свого імені та набувають для себе цивільних прав та обов'язків, або є частиною цілого – держави, тобто органом держави, де останній хоча й може мати статус юридичної особи, але така властивість не має значення. У цьому проявляється дуалізм цивільно-правового статусу органів державної влади, оскільки статус органу держави та органу державної влади як юридичної особи публічного права незалежні один від одного, а їх прояви пов'язані з різними функціями вияву такого суб'єкта. Перший – з основними, другий – з додатковими.

Головним фактором, від якого залежить форма участі органів державної влади є те, хто робить волеутворення: держава чи орган державної влади. Таким чином складається ситуація, коли «дії органів – це дії самих публічно-правових утворень» [6, с. 376] та «дії органу публічної влади ... як самостійної юридичної особи – установи» [6, с. 382]. Як зазначає С. О. Іванов, «складним є питання про встановлення суб'єктного складу в тих

цивільних відносинах, де держава для реалізації своїх потреб залучає органи державної влади, які наділені статусом юридичної особи» [9, с. 19].

Відповідно держава Україна може діяти у цивільних відносинах безпосередньо та опосередковано, де модель такої участі залежить від процесу волеутворення. Водночас від такої участі залежні й органи державної влади, які або є частиною одного цілого – держави Україна як її орган, або юридичною особою публічного права. Законодавчо це встановлено (ст. 170 ЦК України) на рівні їх компетенції.

Тож, участь органів державної влади у цивільних відносинах залежить від того, чи здійснюють вони компетенцію, встановлену законом. Якщо так, то участь їх у цивільних відносинах є як органів держави, де останні є проявом участі самої держави Україна через свої органи. Тобто участь держави Україна передбачає здійснення нею через свої органи публічних функцій, а приватна участь є допоміжною для основної – публічної, тобто передостання ніби є засобом забезпечення для виконання наданої законом компетенції. Відповідно, у цьому сенсі дії органів державної влади повинні відповідати правилам належної поведінки, тобто поведінки самої держави Україна як учасника цивільних відносин.

Якщо діяльність органів державної влади не пов'язана із здійсненням ними публічної компетенції, то участь їх у цивільних відносинах є самостійною, зокрема, як юридичної особи. За таких обставин держава має опосередковану форму участі, а його органи – безпосередню чи приватну, у статусі юридичної особи. При цьому органи державної влади у певний момент часу, але у різних відносинах, можуть перебувати як у статусі юридичної особи, так і в статусі органу держави. Відповідно, участь органів державної влади має дві форми: приватну, чи безпосередню (у статусі юридичної особи) та публічну, чи індиректну¹ (у статусі держави Україна, але як її орган). Такого висновку ми дійшли за рахунок застосування методу дихотомії шляхом екстраполяції на іншу дихотомічну пару.

Оскільки участь у договірних відносинах не пов'язана з здійсненням публічної компетенції, то участь держави України може відбуватися лише опосередковано через свої органи, які діють у договірних відносинах безпосередньо у статусі юридичної особи.

Список бібліографічних посилань:

1. Братусь С. Н. О понятии гражданского оборота: докл. на заседании сектора гражд. права ВШЮН. *Советское государство и право*. 1949. № 11. С. 71–78.
2. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М.: Госюриздат, 1950. 367 с.
3. Виткявичус П.-С. П. Гражданская правосубъектность Советского государства. Вильнюс: Изд-во ВГУ, 1978. 208 с.
4. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М.: Юрист, 2004. 286 с.
5. Голубцов В. Г. Государство как частноправовой субъект: правовая природа и особенности. *Журнал российского права*. 2010. № 10. С. 61–77.
6. Гражданское право: в 4 т./отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. Т. 1: Общая часть. 720 с.
7. Гражданское право: учебник./под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 2-е изд. перераб. и доп. М.: Проспект, 2000. Ч. 1. 624 с.

¹ Оскільки у праві досі не надано такому правовому явищу назви, то вважаємо за необхідне надати їй назву індиректної (від лат. *indirecta* – непрямий) форми участі органів державної влади у цивільних відносинах, зокрема, у статусі органа держави, а у цивільних відносинах – як держави Україна.

8. Гринкевич А. П. Правовое положение казны по законодательству Российской Империи и в настоящее время. *Вестник Московского университета*. 1993. № 5. С. 75–81.
9. Іванов С. О. Участь юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах (на прикладі Міністерства оборони України): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2008. 251 с.
10. Кирилова Н. А. Гражданско-правовая ответственность государства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2003. 203 с.
11. Кутафин О. Е. Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования как субъекты гражданского права. *Журнал российского права*. 2007. № 1. С. 46–54.
12. Ромовська З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание, гражданско-правовая защита): дис. ... канд. юрид. наук: 12.07.12. Киев, 1968. 277 с.
13. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. 351 с.
14. Хозяйственное право: учебник/под ред. В. В. Лаптева. М.: Юрид. лит., 1983. 528 с.
15. Цивільне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т./за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Ін Юре, 2003. Т. 1. Загальна частина. 520 с.
16. Чиркин В. Е. Государствоведение: учебник. 2-е изд., испр. и доп. М.: Юрист, 2000. 384 с.
17. Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран: учебник. М.: Юрист, 1997. 568 с.
18. Ямковий В. І. Казна як суб'єкт цивільних правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2007. 20 с.

Одержано 20.04.2017

УДК 347.65/68

Ольга Іллівна Гордєєва,

викладач вищої категорії,
викладач-методист ХАДТ

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКУВАННЯ ЗА БАНКІВСЬКИМИ ВКЛАДАМИ В УКРАЇНІ

На сьогодні питання спадкування права на вклад (депозит) залишається одним з проблемним як у теорії цивільного права, так і в практичній діяльності. Розглядаючи цю проблему з впевненістю можна стверджувати, що цей інститут є одним із не до кінця вивчених цивільно-правових інститутів. Проблеми правового регулювання спадкування за банківськими вкладами досліджували у своїх наукових працях такі вчені як І. В. Спасибо-Фатєєва, Б. С. Антімонов, В. К. Дроніков, Ю. О. Заїка, М. В. Гордон та інші. З приводу цієї проблематики слушно наводить позиції дослідників у своїй науково-практичній роботі Ю. В. Желіховська, а саме: 1) В. К. Дронікова, що стверджує – з моменту смерті вкладника внесок належить третій особі. Вона не є спадкоємцем, а лише набувачем вигоди і тому не може відповідати по боргах спадкодавця; 2) В. І. Серебровського, що розглядає розпорядження щодо вкладу не як заповіт, а як розпорядження на користь третьої особи [1].

На нашу думку, щоб детальніше зрозуміти суть досліджуваної проблеми слід звернутись до поняття «вклад». Згідно зі ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» вклад (депозит) – це кошти в готівковій або у безготівковій формі, у валюті України або в іноземній валюті, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку і підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору [3]. В основі

відносин за вкладом (депозитом) лежить договір, оскільки згідно до ст. 1058 Цивільного кодексу України за договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором [2]. Оскільки безготівкові кошти визначаються у законодавстві як записи на рахунках у фінансових установах, то спадкування права на вклад у банківській установі регламентується в Цивільному кодексі України окремо від спадкування готівкових грошей. Відповідно до ст. 1228 Цивільного кодексу України вкладник має право розпорядитися правом на вклад у банку (фінансовій установі) на випадок своєї смерті, склавши заповіт або зробивши відповідне розпорядження банку (фінансовій установі). Право на вклад входить до складу спадщини незалежно від способу розпорядження ним [2].

Спадкування грошових вкладів (депозитів) означає, що після смерті вкладника вклад (депозит), що перебуває у банку, переходить у спадщину особам, які є його правонаступниками. Після смерті вкладника вклади повинні переходити до спадкоємців: за заповітом, на підставі спеціальних розпоряджень вкладників банків, за законом. В цьому питанні слід також погодитися з М. В. Гордоном, який вказував, що перехід вкладу після смерті вкладника є спадковим правонаступництвом, а заповідальне розпорядження, необхідне розглядати як спеціальний вид заповіту [4].

Загалом порядок складення заповітів регулюється нормами ст. 1233–1257 Цивільного кодексу України (далі – ЦК). Згідно ч. 3 ст. 1247 ЦК заповіт має бути посвідчений нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами, визначеними у ст. 1251–1252 ЦК України. Перелік зазначених осіб не містить в собі посадових та службових осіб банків [2].

Якщо зважити на те, що право на банківський вклад входить до складу спадщини, то на нього поширюються й загальні правила щодо порядку прийняття спадщини, відмови спадкоємця від спадщини, обов'язкової частки у спадщині тощо. Відповідно, особи, що зазначаються у розпорядженні вкладника, є його спадкоємцями. Крім того, право на вклад може перейти за рішенням суду у власність територіальної громади на підставі ст. 1277 ЦК України у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, а також відмови від прийняття спадщини.

Кошти, які знаходяться на рахунку у банківської установи, хоча і стають об'єктом права вимоги спадкоємця після прийняття спадщини, але фактично можуть бути одержані ним не раніше оформлення правовстановлювального документу на вклад – свідоцтва про право на спадщину і пред'явлення його до банку. Виняток становить випадок, коли нотаріус до закінчення строку про прийняття спадщини видає спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця на покриття витрат з догляду за спадкодавцем під час його хвороби, а також на його поховання; на утримання осіб, які перебували на утриманні спадкодавця; витрат, пов'язаних з повідомленням спадкоємців про відкриття спадщини; інших витрат, викликаних обставинами, які мають істотне значення [10].

Крім того, можуть існувати випадки, коли заповідач, складаючи заповіт, а також розпорядження банку, по-різному визначає правову долю належного йому вкладу. З метою запобігання конкуренції між двома способами розпорядження правом на вклад законом встановлено правило пріоритетності, суть якого зводиться до наступного. Заповіт, складений після того, як було зроблено розпорядження банку, повністю або частково скасовує його, якщо у заповіті змінено особу, до якої має перейти право на вклад, або якщо заповіт стосується усього майна спадкодавця (ч. 3 ст. 1228 ЦК України).

Проблематичним наразі є питання розшуку такого об'єкта спадщини, як право на вклад у банку, якщо спадкоємцям не відомо, чи було спадкодавцем здійснено такі заощадження.

Саме на цьому етапі виникає низка проблемних питань. Наприклад, розшук нотаріусом прав на нерухоме майно та інше майно, що підлягає обов'язковій державній реєстрації, де зазначені відповідні дані. Так, нотаріус може здійснити розшук таких об'єктів шляхом здійснення відповідних запитів до таких реєстрів. А ось щодо такого виду спадщини як право на вклад, така процедура є ускладненою. Якщо спадкоємцям відомо, що у спадкодавця був відкритий банківський вклад, але невідомо, в якій саме банківській установі, відсутні письмові підтверджувальні документи, то здійснити розшук такого об'єкта спадщини вбачається неможливим.

Тому одразу вбачається недосконалість процедури розшуку об'єктів спадщини. Крім того, банківським законодавством в Україні встановлена банківська таємниця, що подекуди унеможливорює розшук таких об'єктів спадщини, у зв'язку з чим нотаріусу приходить відмова у наданні такої інформації, що змушує спадкоємців звертатися до суду. Успадкування прав та обов'язків спадкодавця здійснюється лише частково та стає неможливим задоволення вимог кредиторів спадкодавця у повному обсязі. Це, по суті, є порушенням спадкових прав спадкоємців. Тому на підставі вищезазначеного виявляється реальна правова проблема забезпечення розшуку об'єктів, що складають собою спадщину, та потребує негайного вирішення, як зазначила дослідник цього питання А. Кондратова, шляхом створення єдиної бази здійснених вкладів (депозитів), що дасть змогу нотаріусам в рамках розшуку майна спадкодавця по відповідно відкритій спадковій справі здійснювати запити щодо наявності такого об'єкта спадщини, як вклад у банку [5].

Однозначно можна говорити про те, що спадкування права на вклад у банку має характерні особливості. А існуюче цивільне законодавство і норми банківського права потребують певного удосконалення в частині, що складає предмет нашої проблематики. Задля належного забезпечення прав спадкоємців пропонуємо: по перше, створення на кшталт бази кредитних зобов'язань, бази – єдиного реєстру вкладників, по-друге, врахувати при створенні відповідної бази вимоги банківського законодавства в частині банківської таємниці; адміністрування такого реєстру здійснювати відповідною єдиною інституцією; у разі виникнення правових підстав для такого звернення, як вбачається, покласти здійснення реалізації і виконання порядку на органи юстиції, що створить умови захищеності інформації та водночас вільного доступу до неї, у разі виникнення такого випадку.

Список бібліографічних посилань:

1. Желіховська Ю. В. Спадкування права на вклад у банку. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2013. № 22, ч. 1, т. 1. С. 199–206.
2. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003 № 435-IV // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
3. Про банки і банківську діяльність: закон України від 07.12.2000 № 2121-III // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>.
4. Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию: учеб. пособие. М.: Юрид. лит., 1967. С. 44–47.
5. Кондратова А. Особливості спадкування прав на вклад у банку (іншій фінансовій установі). *National law journal: theory and practice*. 2016. № 5. С. 86–90.
6. Крат В. І. Спадкування права на вклад у банку (фінансовій установі). *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2015. № 5. С. 28–37.
7. Печень О. П. Наследственное право. Практический комментарий к Гражданскому кодексу Украины. Харьков: Фактор, 2012. С. 76–77.
8. Розгон О. В. Спадкування грошових коштів, розміщених на депозитних рахунках у банку. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2015. № 5. С. 30–48.

9. Серебровский В. И. Очерки советского наследственного права: учеб. пособие. М.: АН СССР, 1953. С. 40.

10. Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Стефанчук Р. О. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. 2-ге вид. Київ: Прав. єдність, 2010. 752 с.

Одержано 19.04.2017

УДК 347.42

Наталя Сергіївна Камінська,

старший викладач кафедри цивільного права

та правового забезпечення туризму

Київського університету туризму, економіки і права

ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ПОРУШЕННЯМ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ТУРИСТИЧНИХ ПОСЛУГ

Аналіз стану українського туристичного ринку свідчить про те, що вітчизняний туризм розвивається з переважною орієнтацією на виїзд. Збільшення потоків внутрішнього та в'їзного туризму нині уповільнюється через ряд негативних факторів, до яких належать: нерозробленість нормативно-правової бази, недостатній розвиток туристичної інфраструктури, економічна та політична нестабільність у країні, обмеженість асортименту пропонованих послуг, відсутність комплексного бачення країни як перспективної туристичної дестинації, недосконалість реклами українських туристичних центрів за кордоном та ін. [4, с. 6].

ЮНВТО підтверджує, що туризм за останні роки набув планетарних масштабів. Підтвердженням цього є те, що в минулому році в світі подорожувало 1,2 млрд туристів, а доходи від туризму сягають більше ніж 1,5 трлн доларів США. Туризм випередив за валютними знахідками, що зростають на 9 % щороку, експорт нафтопродуктів, автомобілебудування, телекомунікаційного обладнання та усі інші види послуг.

Міжнародні туристські прибутки, як очікується, в усьому світі будуть збільшуватися на 3,3 % на рік у період між 2010–2030, відповідно до довгострокового прогнозу туризму ЮНВТО до 2030 року можуть сягнути 1,8 млрд.

Відносини з надання туристичних послуг базується на правовій основі, яку становить Конституція України, міжнародно-правові акти у сфері туристичної діяльності, Закон України «Про туризм» та підзаконні нормативно-правові акти у сфері туризму. З сучасним розвитком туризму, виникає необхідність у чіткій регламентації прав та обов'язків сторін за договором про надання туристичних послуг, тому на сьогоднішній день актуальним є питання про відшкодування шкоди, завданої порушенням умов договору про надання туристичних послуг.

Зі змісту норм ЦК України про відповідальність за порушення договору вбачається, що на сторону, яка допустила порушення його умов, може бути покладено відповідальність: а) що встановлена законом (ст. 611 ЦК України); або б) передбачена сторонами в договорі при формуванні його змісту. При цьому в останньому випадку умови договору про відповідальність, згідно з вимогами ч. 3 ст. 509 ЦК України, мають ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості [3].

У разі порушення прав туриста як споживача, тобто на якість туристичних послуг, він може звертатися до державного органу з питань захисту прав споживачів за захистом своїх порушених прав. У разі виявлення неналежного рівня наданої послуги, турист відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів» (ст. 14) має право за своїм вибором вимагати:

- безоплатного усунення недоліків у наданій послугі у розумний строк;
- відповідного зменшення ціни наданої туристичної послуги;
- відшкодування завданих йому збитків з усуненням недоліків наданої туристичної послуги своїми силами або із залученням третьої особи [1, с. 46–47].

У ст. 33 Закону України «Про туризм» також прямо передбачено, що суб'єкт туристичної діяльності (зокрема, туроператор або турагент), який порушив законодавство в галузі туристичної діяльності при наданні туристичної послуги, що завдало шкоду, зобов'язаний відшкодувати туристу збитки у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі [1, с. 48].

Слід зазначити, що судова практика з питання відповідальності туроператорів щодо зміни умов договору була досить суперечливою, проте Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 3 липня 2013 року у постанові у справі № 6-42цс13, предметом якої був спір про захист прав споживачів, відшкодування майнової та моральної шкоди, зробив наступний правовий висновок: «за змістом частин першої, другої, десятої статті 20, частини другої статті 30, частин першої та другої статті 32, частини першої статті 33 Закону України від 15 вересня 1995 року № 325/95-ВР "Про туризм", частини четвертої статті 10 Закону України від 12 травня 1991 року № 1023-XII "Про захист прав споживачів", статей 610 і 611, частини п'ятої статті 653, частини першої статті 901 ЦК України майнову відповідальність несе суб'єкт туристичної діяльності, який порушив законодавство в сфері туристичної діяльності при наданні туристичної послуги, порушив умови договору між туристом і суб'єктом туристичної діяльності з надання туристичних послуг, та за вини якого замовнику (туристу) завдано збитків. У разі встановлення судом фактів видачі туроператором ваучера, який є формою письмового договору на туристичне обслуговування, зміни туроператором в односторонньому порядку істотних умов договору на туристичне обслуговування та невжиття ним необхідних заходів про попередження туриста щодо такої зміни, відповідальність за порушення істотних умов договору не може нести інший суб'єкт туристичної діяльності з надання туристичних послуг, ніж туроператор» [5, с. 48–49].

Судова практика при розгляді спорів, що випливають з надання туристичних послуг, виробила певні вимоги до доказів, які повинен пред'явити турист в обґрунтування своїх вимог до суб'єкта туристичної діяльності. Такими доказами служать: акт або протокол, в якому зазначаються факти неналежного виконання (порушення) умов договору, підписаний представником туроператора приймаючої сторони або керівником готелю, або будь-якою посадовою особою, що має безпосереднє відношення до наданої послуги. При їх відмові від підписання слід звернутися до туристів, які засвідчать дані факти (при цьому вказується повне ім'я та місце проживання останніх); платіжні документи, що підтверджують оплату наданих медичних послуг, купівлю ліків, екскурсій; довідки з місцевої поліклініки, якщо турист туди звертався, наприклад, в результаті погіршення самопочуття через неякісну їжу в ресторані готелю; фото і кіноплівку, на якій зафіксовані, наприклад, брудний номер в готелі, автобус з вибитими шибками і т. ін. [7, с. 142].

Крім того, ст. 25 Закону України «Про туризм» передбачає ще й право туристів на відшкодування моральних збитків у разі невиконання або неналежного виконання умов договору.

На думку Р. О. Стефанчука, моральною шкодою є не сам фізичний біль і страждання, а зумовлені ними втрати немайнового характеру. У договірних відносинах втрати немайнового характеру виникають не через будь-які дії чи бездіяльність, а внаслідок невиконання чи неналежного виконання договору, для фізичної особи такі втрати супроводжуються стражданнями, приниженням честі, гідності, ділової репутації, а для юридичної особи – приниженням лише її ділової репутації [7, с. 143].

В сучасному західному праві спостерігається чітка тенденція до відступу від принципу повного відшкодування шкоди вбік встановлення максимальних меж майнової відповідальності. Причина такої тенденції полягає в тому, що сьогодні багато видів господарської діяльності пов'язані з небезпекою заподіяння астрономічних збитків, які значно перевершують фінансові можливості підприємця [2, с. 75].

У зв'язку з цим, у редакції Проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про туризм», внесеної КМУ у 2016 р., зазначається, що «З метою забезпечення прав та законних інтересів громадян – споживачів туристичних послуг туроператор та турагент зобов'язані здійснити фінансове забезпечення своєї цивільної відповідальності перед туристами.

Сума банківської гарантії або страхова сума за договором страхування цивільної відповідальності має бути не меншою 10 % від запланованого туроператором/турагентом річного обсягу продажу туристичних продуктів. Якщо запланований обсяг менший, ніж обсяг продажів за попередній рік – не менше 10 % від річного обсягу продажу туристичних продуктів за попередній рік.

Для новоствореного туроператора/турагента або такого, що не провадив діяльність у році, що передуює року отримання ліцензії розмір фінансового забезпечення складає 150 000 (сто п'ятдесят тисяч) євро для туроператора та 10000 (десять тисяч) євро для турагента» [6].

Отже, на підставі вищевикладеного, можна зробити висновок, що при порушенні умов виконання договору, клієнт може пред'явити до туроператора (турагента) вимоги про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, надавши обґрунтування вини, зібравши відповідні докази та отримати компенсацію за рахунок фінансового забезпечення відповідальності туроператора та турагента.

Список бібліографічних посилань:

1. Вихристенко Б. І., Опанасюк Н. А. Туристи як суб'єкти туристичних правовідносин: характеристика та правовий статус. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 2. С. 45–52.
2. Гудима М. М. Відшкодування збитків: на що розраховувати туристу? *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2014. Вип. 35. С. 69–78.
3. Кирилюк О., Фелді О. Межі цивільно-правової відповідальності за порушення договірних зобов'язань в законодавстві та судовій практиці. URL: http://www.kpdconsulting.com.ua/upload/publ/publication_339_ukr.pdf.
4. Козловський Є. В. Правове регулювання туристичної діяльності: навч. посіб. Київ: Центр учб. літ., 2015. 272 с.
5. Погорецька Н. В. Проблемні питання міжнародного туризму. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2014. Вип. 3. С. 40–57.
6. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про туризм» щодо удосконалення термінологічно-понятійного апарату у галузі туризму: № 5591 від 23.12.2016. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?P3511=60800.

УДК 347.122

Наталія Вадимівна Ходєєва,

*викладач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6154-6854>*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ВІКОВОГО ЦЕНЗУ ПРАВА НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СТАН СВОГО ЗДОРОВ'Я

Як на сьогоднішній час, так і завжди в правовій сфері піднімалися, та співпоставлялися питання «як є» і «як має бути», проводився аналіз взаємозв'язку, взаємоузгодження, а також наявного неспівпадіння в існуючих правових нормах суцього і належного.

Як зазначається в юридичній літературі, на існування наукової проблеми вказує наявність протиріч між сферами «належного», «суцього» та «знань про суще та належне». Так на даний час існують певні протиріччя і з приводу відсутності узгодженого закріплення певного вікового цензу фізичних осіб, яким надається право на інформацію про стан свого здоров'я, що вказує на існування певної наукової проблеми.

У цілому сприймаючи такий підхід, методологічно розглянемо існуючу проблему у такій же послідовності (сфера «належного», «суцього» та «знань про суще та належне») [1, с. 67].

Суще (*όντος*) з грецької мови перекладається, як те, що існує [2]. В свою чергу суще відповідно до здійснення права на інформацію про стан свого здоров'я це те, що є насправді, це готова правова реальність відображена в нормах права, які є обов'язковими для врахування при здійсненні вищезазначеного права. Належне, відповідно до Академічного тлумачного словника – це те, що повинно бути [3], це ідеальна конструкція майбутнього, необхідної правової реальності.

Отже, право фізичної особи на інформацію про стан свого здоров'я закріплене у Законі України «Про захист персональних даних», ЦК України, в Основах законодавства України про охорону здоров'я та інших нормативно-правових актах, є позитивним правом яке здійснюється особою самостійно, чи на професійній основі через професіоналів.

Здійснивши певний аналіз норм права передбачених ст. 285 ЦК України, (ст. 39 «Основ законодавства України про охорону здоров'я») є вагомим підстави вказати на існування розбіжностей та неузгодженості між ними, та іншими нормами права встановленими як ЦК України так і існуючим законодавством України, які забезпечують правове регулювання такого суб'єктивного права, як право на інформацію про стан свого здоров'я а саме:

Так існує розбіжність в ч. 1 ст. 285 ЦК України з ч. 2 ст. 284 ЦК України «Право на медичну допомогу», в якій зазначено, що фізичній особі, яка досягла чотирнадцятирічного віку, надається право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій.

Колізія між даними статтями полягає у тому, що право на отримання достовірної та повної інформації про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними

медичними документами, що стосуються її здоров'я (ч. 1 ст. 285 ЦК України) надається саме повнолітній особі, в свою чергу особа яка досягла чотирнадцятирічного віку та звернулася за наданням їй медичної допомоги має право самостійно вибирати лікаря та вибір методів лікування відповідно до рекомендацій вибраного лікаря. Тобто складається певна ситуація відповідно до якої чотирнадцятирічна особа не може отримати інформацію щодо стану свого здоров'я у зв'язку з тим, що вона у цьому віці є недостатньо зрілою як фізично, так психічно і соціально, тобто готовою до об'єктивного сприйняття інформації про стан свого здоров'я, але є готовою до здійснення права на вибір лікаря та методів лікування відповідно до його рекомендацій.

Дана колізія також зазначена на офіційному веб-порталі судової влади України, а саме заступником керівника апарату Лохвицького районного суду Полтавської області, де вказується на «необхідність внесення змін ч. 2, 3 ст. 284 ЦК України й вкладення їх таким чином: ч. 2 ст. 284 ЦК України – «Повнолітня дієздатна фізична особа, яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій», та ч. 3 ст. 284 ЦК України – «Надання медичної допомоги повнолітній дієздатній фізичній особі провадиться за її згодою» [4].

Також встановлені розбіжності у віковому цензі фізичних осіб, яким надається право на отримання інформації про стан свого здоров'я а саме ч. 1 ст. 285 ЦК України (ч. 1 ст. 39 Закону України «Основ законодавства України про охорону здоров'я») з ч. 4 ст. 7 Закону України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ».

Так у Законі України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» йдеться про те, що медичний працівник має право передати інформацію про стан здоров'я до досягнення особою 14-річного віку її батькам чи іншим законним представникам [5]. Отож, інформація про наявність ВІЛ-інфекції у особи буде надана їй у разі досягнення нею чотирнадцятирічного, а не вісімнадцятиріччя, як це встановлено за загальним правилом. На наш погляд, законодавець вказав на надання інформації особі яка досягла чотирнадцятирічного віку, щодо наявності у неї ВІЛ-інфекції, у зв'язку з існуванням певних законодавчо встановлених випадків, відповідно до яких фізична особа набуває повної дієздатності з чотирнадцятирічного віку, наприклад шляхом укладання шлюбу (відповідно до ст. 23 Сімейного кодексу України (далі СК України) [6]).

Як зазначила М. В. Антокольська, непоінформованість однієї із зазначених осіб про наявність у другій особи тяжких захворювань, наприклад таких, як ВІЛ-інфекція, туберкульоз тощо, може призвести до неоправданих наслідків [7, с. 98].

Але ми вважаємо за доцільне у разі виявлення у чотирнадцятирічної особи ВІЛ-інфекції передавати інформацію про стан її здоров'я не лише безпосередньо їй, а і її батькам, у зв'язку з тим, що така особа, не завжди сама може усвідомлювати складність даної хвороби, а також не в змозі самостійно здійснити весь комплекс дій направлений на лікування цієї хвороби.

Також існують розбіжності у віковому цензі фізичних осіб, яким надається право на отримання інформації про стан свого здоров'я в ч. 1 ст. 285 ЦК України та ст. 30 СК України «Взаємна обізнаність наречених про стан здоров'я» [6].

Як вже було зазначено вище, фізична особа може укладати шлюб з чотирнадцятирічного віку за рішенням суду, в результаті чого набуває повної дієздатності, (відповідно до ст. 23 СК України), що призводить також до певних розбіжностей між ч. 1 ст. 285 ЦК України та ст. 30 СК України.

Відповідно до встановлених норм ст. 30 СК України, наречені (які подали заяву про реєстрацію шлюбу до органу реєстрації актів), зобов'язані повідомити один одного про стан свого здоров'я. Тобто чотирнадцятирічна особа може отримувати інформацію про стан свого здоров'я (відповідно до медичного обстеження наречених), з метою повідомлення її особі, з якою хоче укласти шлюб. Проте тут слід визначити додаткову умову, а саме: подання заяви про реєстрацію шлюбу.

Існує певна розбіжність щодо вікового цензу фізичних осіб, яким надається право на отримання інформації про стан свого здоров'я і між ч. 1 ст. 285 ЦК України та ст. 26 Закону України «Про психіатричну допомогу».

В зв'язку з тим що під здоров'ям фізичної особи мається на увазі і її психічне здоров'я, то при здійсненні права на інформацію про стан свого здоров'я враховується і здійснення права на інформацію про стан психічного здоров'я особи.

Згідно із Законом України «Про психіатричну допомогу», а саме ст. 26 «Інформація про стан психічного здоров'я особи та надання психіатричної допомоги», право на одержання інформації про стан психічного здоров'я щодо неповнолітньої особи віком до 15 років, та особи визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, мають їх законні представники [8]. Тобто з 15 років особа сама безпосередньо може отримувати інформацію про стан свого психічного здоров'я.

Отже на основі вищевикладеного, та беручи до уваги можливість отримання фізичною особою повної дієздатності з чотирнадцятирічного віку, а також з метою усунення існуючих колізій, вважаємо за доцільне внести зміни саме в ч. 1 ст. 285 ЦК України, закріпивши в ній право на отримання інформації про стан свого здоров'я фізичними особами які досягли чотирнадцятирічного віку, але цим самим не обмежити право на отримання інформації про стан здоров'я дітей та підопічних батьків (усиновлювачів) опікунів та піклувальників.

Недопущення обмеження в праві на отримання інформації про стан здоров'я дітей та підопічних батьків (усиновлювачів) опікунів та піклувальників полягає в наступному: незважаючи на те, що неповнолітні особи і володіють вже певним обсягом дієздатності (наприклад – самостійно можуть розпоряджаються своїм заробітком, стипендією, або іншими доходами), однак переважно самі себе не забезпечують, тобто нездатні брати на себе зобов'язання по оплаті вартості медичних послуг, так і медикаментів необхідних для проведення певних методів лікування, а тим паче володіти необхідним об'ємом знань необхідним для визначення необхідності надання їй медичної допомоги, та захисту своїх особистих немайнових прав при медичному втручанні. Це ще раз вказує на наявність певного, але не необхідного обсягу цивільної дієздатності у неповнолітніх осіб, щодо здійснення ними як права на медичну допомогу так і права на інформацію про стан свого здоров'я.

Вищезазначене також можна підтвердити і тим, що аналізуючи чинне законодавство та доктрину цивільного права на предмет динаміки суб'єктивного цивільного права, М. О. Стефанчук обґрунтовано довів, що здійснення суб'єктивних цивільних прав можливе та повинно відбуватись за таких основних умов: а) особа повинна бути наділена необхідною цивільною правоздатністю; б) особа повинна бути наділеною необхідним обсягом цивільної дієздатності; в) поведінка щодо здійснення своїх цивільних прав повинна відповідати принципам здійснення суб'єктивних цивільних прав [9].

Отже вважаємо за доцільне внести зміни саме в ч. 1 ст. 285 ЦК України, а в свою чергу ч. 2 ст. 285 ЦК України якою закріплене право на інформацію про стан здоров'я дитини або підопічного батьків (усиновлювачів), опікунів, та піклувальників не змінювати.

Тобто вважаємо за доцільне викласти ч. 1 ст. 285 ЦК України таким чином:

«фізична особа, яка досягла чотирнадцятирічного віку, має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я».

Список бібліографічних посилань:

1. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія. Харків: Діса плюс, 2013. – 552 с.
2. Онтогенезний // Викисловарь. URL: <https://ru.wiktionary.org/wiki/онтогенезный> (дата звернення: 16.04.2016).
3. Належний // Академічний тлумачний словник. URL: <http://sum.in.ua/s/nalezhnyj> (дата звернення: 16.04.2016).
4. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003 № 435-IV // База даних (БД) «Законодавство України»/Верховна Рада (ВР) України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 16.04.2016).
5. Про протидію поширення хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ: закон України // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1972-12> (дата звернення: 16.04.2016).
6. Сімейний кодекс України: закон України від 10.01.2002 № 2947-III // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14> (дата звернення: 16.04.2016).
7. Антокольская М. В. Семейное право. М.: Юристъ, 1999. С. 116.
8. Про психіатричну допомогу: закон України від 22.02.2000 № 1489-III // БД «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14> (дата звернення: 16.04.2016).
9. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 20 с.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.44

Римма Михайловна Замуравкина,

ассистент кафедры гражданского права № 1

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3939-8779>

ДОГОВОР НАЙМА ЖИЛИЩА: ВОПРОСЫ СИСТЕМАТИЗАЦИИ

Сегодня договор найма является формой реализации жилищного интереса, как в пределах рыночных жилищных отношений, так и внерыночных, т. е. распределительных жилищных отношений.

К рыночным договорам в жилищной сфере относится, прежде всего, договор найма жилья частного жилого фонда. В литературе он получил наименование «договор коммерческого найма жилья». Отношения коммерческого найма строятся по принципу свободы договора (статьи 6, 627 ГК Украины). Они получили правовую регламентацию в нормах отдельной главы 59 ГК Украины. Следовательно, обозначенный договор является самостоятельным типом договорного обязательства.

Еще одним рыночным договором является аренда жилища с выкупом. Это договор опосредует предоставление жилья в пользование и одновременно предусматривает выплату платежей для приобретения его в собственность. Правовое регулирование арендных отношений осуществляется отдельными нормами гл. 59 ГК Украины (статьи 810¹, 811, 813–820, 823, части 1 и 2 ст. 825, статьи 826 и 1232¹), а также другими нормативными актами.

Часть 1 ст. 810¹ ГК Украины прямо определяет договор аренды жилища с выкупом как особый вид договора найма (аренды). Любой договор выделяется в самостоятельный вид, если он требует специального правового урегулирования. Сложная конструкция договора аренды жилища с выкупом, включающая элементы разных по типу договорных моделей – найма (аренды) и купли-продажи жилья, является тем специфическим признаком, который предопределяет необходимость особого регулирования. Однако представляется непоследовательной позиция законодателя, который отвел этому договору специальную статью (ст. 810¹), при этом, не выделив его в отдельный параграф гл. 59 ГК Украины. Вследствие этого нарушается сам принцип систематизации ГК Украины, согласно которому каждый тип договорного обязательства выделяется в отдельную главу, а каждый вид этого типа, в свою очередь, выделяется в отдельный параграф данной главы. Такая конструкция ГК Украины позволяет решить многие вопросы правотворческого и правоприменительного характера. В связи с этим представляется целесообразным разделить гл. 59 ГК Украины на два параграфа: § 1 должен содержать общие положения о найме (аренде) жилища; § 2 – включать правовые нормы, которые регламентируют только отношения жилища с выкупом.

К договорам, которые опосредуют распределительные отношения жилищной сферы, следует отнести договор найма жилища в публичных (государственном и коммунальном) жилых фондах. В литературе его называют "договор потребительского найма жилища". На его условиях жилище предоставляется только гражданам, которые признаны нуждающимися в улучшении жилищных условий. Данный договор заключается на основании решения компетентного органа о предоставлении жилья и ордера на конкретное жилое помещение. Отношения потребительского найма урегулированы нормами гл. 2 ЖК Украины.

Законом Украины «О жилом фонде социального назначения» предусмотрен еще один договор найма, опосредующий распределительные отношения, – договор найма социального жилища. Посредством этого договорного обязательства обеспечиваются жильем помещением те слои населения, которые не только нуждаются в жилье, но и попадают в категорию социально не защищенных.

Последним в ряду договоров, опосредующих распределительные отношения, является договор найма служебных жилых помещений. Служебные жилые помещения предоставляются на основании решения компетентного органа и специального ордера на служебное жилое помещение (статьи 121, 122 ЖК Украины). В ЖК прямо не сформулирована норма, в соответствии с которой на основании ордера на служебное жилое помещение заключается договор найма. Однако это вытекает из положения ч. 2 ст. 123 ЖК, где говорится, что к пользованию служебным жилым помещением применяются правила о договоре потребительского найма жилого помещения.

Следует отметить все вышеперечисленные договоры, опосредующие распределительные отношения в жилищной сфере, имеют существенные отличия. Во-первых, на условиях таких договоров жилье предоставляется разным категориям граждан. Во-вторых, оно предоставляется по разным правовым основаниям. В-третьих, и это главное, нанимателю по каждому из договоров предоставляется разный объем прав и обя-

занностей. Поэтому каждый из обозначенных договоров регулируется нормами отдельных глав ЖК (договор потребительского найма – гл. 2 ЖК; договор найма служебного жилого помещения – гл. 3 ЖК) или нормами специального закона (договор найма социального жилища). Следовательно, данные договоры представляют собой самостоятельные типы договорных обязательств.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.19

Карина Валеріївна Кацюба,

асистент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9034-8777>

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВІДНОСИН МІЖ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИМ ТОВАРИСТВОМ ТА ЙОГО УЧАСНИКАМИ

Сьогодні багато непадприємницьких товариств (далі – НТ) показали себе активно діючими, такими, що реально вирішують гострі соціальні проблеми, з якими з ряду причин не справляється держава. Серед них підтримка й захист прав соціально уразливих верств населення (дітей, молоді, жінок, військовослужбовців, ветеранів, біженців, переселенців, інвалідів і ін.); відстоювання прав громадян на сприятливе навколишнє середовище; комплекс питань, пов'язаних з місцевим самоврядуванням; організація дозвілля, освіта, утворення, перекваліфікація, соціальна реабілітація й т. д.

Дослідженню окремих питань правового статусу НТ було приділено увагу в працях В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, І. М. Кучеренко, В. І. Жукова, І. П. Жигалкіна, В. Ф. Піддубної, О. О. Біляєва, В. В. Кочина, Н. Ю. Філатової та багатьох інших вчених, що підкреслює актуальність теми дослідження.

Незаперечно те, що створюючи НТ (громадську, релігійну, благодійну, установу тощо), його засновники, вочевидь, переслідують цілком визначені соціальні, культурні та інші загальнокорисні цілі, а звільнення такої організації від будь-яких статутних обмежень привело б до ігнорування інтересів засновників. Звідси випливає, що причини надання НТ спеціальної цивільної правоздатності полягають, в тому числі, в захисті прав їх засновників. Це питання, тим паче, актуальне у зв'язку з тим, що НТ сьогодні приймають активну участь у цивільних правовідносинах. А ціла низка питань стосовно закріплення на законодавчому рівні належним чином їх правового статусу ще не вирішена на цей час.

НТ створюється для досягнення певної мети, зазначеної в його установчих документах. Така мета може полягати, наприклад, відповідно до Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 05.07.2012 у здійсненні благодійної діяльності в одній чи кількох сферах, визначених цим Законом, як основної мети її діяльності; відповідно до Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 в задоволенні релігійних потреб громадян сповідувати і поширювати віру; відповідно до Закону України «Про кредитні спілки» від 20.12.2001 в задоволенні потреб членів кредитної спілки у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків її членів.

Для НТ встановлена множинність загальнокорисних цілей створення і діяльності, у зв'язку з чим передбачений додатковий критерій правоздатності – предмет діяльності, а саме певний цільовий перелік видів діяльності, який, за загальним правилом, встановлює його засновник чи засновники.

Цивільно-правовий статус відображає подвійність майнового стану, оскільки враховується мета створення НТ та інтереси учасників. Можна розрізняти НТ двох видів: перші, які створені для досягнення суспільно корисних (немайнових) благ в широкому сенсі, яскравим прикладом яких можуть слугувати релігійні організації, політичні партії, фонди, а другі, мають за мету задоволення інтересів їх учасників, в свою чергу, прикладами яких є об'єднання співвласників багатоквартирних будинків, споживчі кооперативи.

Учасники НТ першого виду позбавлені будь-яких майнових чи зобов'язальних прав, а ось другого – можуть наділитися деякими правами. Мета створення других очевидна – задоволення матеріальних потреб виключно її учасників, тобто юридична особа створюється в приватних інтересах.

Більшість НТ побудовані на корпоративних (членських) засадах. Але існує й інша група НТ, що не мають членства (наприклад, фонди, установи й т. д.) Законодавство розмежовує учасників і членів НТ, а в деяких випадках отождолює їх. Наприклад, відповідно до Закону України «Про громадські об'єднання» від 22.03.2012 оперує дефініцією «члени (учасники)» громадських об'єднань які оформляють свою участь у ньому індивідуальними заявами, мають право обирати й бути обраними в керівні й контрольно-ревізійні органи, а також контролювати діяльність керівних органів громадського об'єднання. Учасники об'єднання формально не закріплюють своєї участі в його діяльності володіють у порівнянні зі членами більше вузькими правами.

У корпоративному праві в інтересах економічного обороту компетенція органів підприємницьких товариств регламентується на законодавчому рівні більш чітко. Крім того, до підприємницьких товариств пред'являються більш тверді вимоги по веденню справ і наданню звітності, що сприяє захисту прав не тільки третіх осіб, але і їхніх засновників (учасників).

Підвищений захист прав і законних інтересів засновників (учасників) підприємницьких товариств являє собою не що інше, як відповідну реакцію на необхідність забезпечення стабільності економічного обороту. Сам же розподіл товариств на підприємницькі та непідприємницькі відповідає не тільки інтересам третіх осіб, але й служить у певній мірі захистом прав учасників. У цьому, на наш погляд, і складається його основне функціональне призначення. Найважливішим засобом захисту прав учасників (членів) НТ є їхнє право на волю об'єднання, а також виходу з організації. У відповідності до ст. 36 Конституції України ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян або перебуванню в ньому. Але дане правило діє не у всіх випадках, а лише доти, поки в відносинах між товариством і його учасниками (членами) не виникла матеріальна зацікавленість. У цьому випадку вихід з товариства пов'язаний для учасника (члена) зі значними майновими втратами. Саме це й змушує їх найчастіше залишатися в НТ.

Необхідно розглянути два випадки наявності матеріальної зацікавленості у відносинах між членами (учасниками) й НТ: НТ, у яких майнові внески носять значний характер і виконують функції, близькі до функцій майнових внесків у підприємницьких товариствах («НТ з майновими внесками»); НТ, що надають товари, роботи й послуги безпосередньо своїм учасникам (членам) на оплатній основі. Зупинимося на більш докладному розгляді цих ситуацій.

1. НТ з майновими внесками.

Ситуацію, коли майнові внески учасників (членів) носять значний характер і виконують функції, близькі до функцій майнових внесків у підприємницьких товариствах, можна спостерігати, коли НТ набуває різне дороге устаткування для спільного користування за рахунок своїх учасників (членів). У цьому випадку учасники (члени) НТ крім членських вносять значні по величині одноразові майнові внески. На перший погляд, це відповідає інтересам як всіх членів (учасників), так і кожного окремо. Але не все тут так просто. У відповідності до законодавства, НТ є власниками свого майна, що формується поряд з іншими джерелами й за рахунок членських і майнових внесків учасників (членів). При цьому учасники, що вибувають (члени), за загальним правилом, не мають зобов'язального права вимоги до організації. А це означає, що навіть якщо установчі документи передбачають обов'язок НТ повернути учасникам, що вибувають (членам) сплачені ними суми, у більшості випадків майнові інтереси учасників (членів) не гарантовані в тій мірі, як у більшості підприємницьких товариств. Наприклад, засновники (учасники) підприємницьких товариств наділяються зобов'язальним правом вимоги до своєї організації. Це виражається в їхньому праві на одержання частини прибутку або інших благ, одержаних у результаті діяльності юридичної особи, на участь у керуванні справами, на ліквідаційну квоту й т. д. Їхні засновники (учасники), передаючи підприємницькому товариству майно, захищені не тільки через наділення їхнім зобов'язальним правом вимоги до організації, але й через додаткові гарантії, такі, як більше тверда система фінансового обліку й контролю, обов'язкове створення органів, що здійснюють контроль, розширення кола обов'язкових повноважень загальних зборів учасників (засновників) і т. п.

Крім того, підприємницькі товариства передбачають розподіл одержаного прибутку між учасниками (засновниками). Ця можливість є основною причиною участі останніх в діяльності підприємницьких товариств. Засновники (учасники) передають своє майно у власність підприємницького товариства в надії одержати прибуток. Навпаки, участь у діяльності НТ будується на не підприємницькому підґрунті, тому що учасники вносять членські й майнові внески, за загальним правилом, для досягнення суспільно корисної мети, а не в надії одержати від НТ матеріальну вигоду у вигляді прибутку. Вступ у ту або іншу НТ може супроводжуватися мотивами, пов'язаними із задоволенням певних матеріальних потреб. Але при цьому мова йде про надання товарів, робіт і послуг з боку НТ (наприклад, одержання професійних консультацій по різних питаннях і технічній допомозі), а не про розподіл прибутку, що є наслідком участі підприємницьких товариств у підприємницькій діяльності.

Таким чином, вихід з НТ з майновими внесками пов'язаний для учасників (членів) зі значними майновими втратами. При цьому захисна функція права виходу учасників (членів) з такої НТ практично відсутня, що неминуче породжує потребу в законодавчому закріпленні додаткових заходів по захисту прав і законних інтересів учасників (членів).

На наш погляд, додатковий захист прав і законних інтересів учасників (членів) НТ з майновими внесками може бути забезпечена, зокрема, закріпленням на законодавчому рівні обов'язку НТ щорічно опубліковувати звіти про використання майна, створювати піклувальну раду, що здійснює нагляд за діяльністю НТ, а також розширенням переліку питань, що ставляться до виняткової компетенції вищого органа керівництва НТ, та ін.

2. НТ, що надають товари, роботи й послуги безпосередньо своїм учасникам (членам) на оплатній основі.

Розглянемо ситуацію, коли НТ надає за плату своїм учасникам (членам) товари, роботи й послуги, типові для зовнішнього ринку. У порівнянні з НТ з майновими внесками

тут йдеться про придбання устаткування, яке недорого коштує, для спільного користування за рахунок учасників (членів).

З даною ситуацією ми, наприклад, зіштовхуємося, якщо НТ надає різноманітні послуги, включаючи консультування по різних питаннях, видає професійну друковану продукцію, а також різні товари масового споживання. Уже стало традицією, коли спортивні організації надають у тимчасове користування або ж продають своїм учасникам (членам) спортивний одяг, спортивний інвентар, а також роблять їм професійну медичну допомогу, організують роботу кафе і т. д.

У цьому випадку учасники (члени) НТ виступають у ролі, порівнянної з роллю кредиторів. Тут не йдеться про будь-які істотні вкладення, у порівнянні з НТ з майновими внесками. Тому вихід з НТ, як правило, не пов'язаний для учасників (членів) зі значними матеріальними втратами, характерними для НТ з майновими внесками. У найгіршому випадку йдеться лише про втрату заздалегідь сплачених членських внесків.

Всі перераховані види НТ поєднує відповідність видів діяльності цілям їхнього створення в здійсненні тих завдань, які ставляться перед ними – досягнення суспільних благ з метою охорони здоров'я громадян, захисту прав, задоволення духовних і інших нематеріальних потреб громадян. Разом з тим, варто розмежовувати предмет статутної діяльності НТ і конкретні правочини по здійсненню цієї діяльності.

Виходячи з вищевикладеного, можна дійти висновку, що в НТ, в яких майнові внески носять значний характер і виконують функції, аналогічні функціям майнових внесків у підприємницьких товариствах, існує необхідність у додатковому захисті прав і законних інтересів учасників (членів), що може бути забезпечено, зокрема, удосконалюванням системи ведення звітності про діяльність НТ і про витрату матеріальних ресурсів; обов'язковим створенням у НТ органів, що здійснюють контроль за діяльністю організації; розширенням переліку питань, що пред'являються до виняткової компетенції вищого органа управління НТ, і т. ін. Якщо ж НТ просто надає своїм учасникам (членам) товари, роботи, послуги, типові для зовнішнього ринку, за певну плату, то вони виступають у ролі, прирівнянної до ролі кредиторів. При цьому на учасників (членів) поширюються загальні правила по захисту прав кредиторів.

Одержано 18.04.2017

УДК.347.551

Євгенія Анатоліївна Ваштарева,

здобувач кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЯК РОЗУМІТИ «ЗБЕРЕЖЕННЯ МАЙНА» В КОНТЕКСТІ КОНДИКЦІЙНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Глава 83 ЦК України має назву «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави». Відповідно до ч. 1 ст. 1212 ЦК України особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуто майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Зважаючи на формулювання назви зазначеної глави і наведеної норми відповідної статті, становить науковий і практичний інтерес питання, як у цьому контексті слід розуміти поняття «збереження майна».

Недоговірні зобов'язання, про які йдеться у главі 83 ЦК України, у зарубіжних правових системах, а також у доктрині цивільного права іменують також кондикційними зобов'язаннями або зобов'язаннями із безпідставного збагачення (*unjust enrichment*). Тож, питання, яке підіймається нами, пов'язано зі з'ясуванням того, що може становити предмет збагачення і в цій якості слугувати передумовою виникнення кондикційного зобов'язання.

Прикладне значення досліджуваного питання зумовлене проблемами, що виникають у судовій практиці під час правової кваліфікації випадків, у яких одна особа без належної правової підстави користується майном іншої, не сплачуючи останній орендних платежів. Йдеться про дві взаємопов'язані проблеми: *перша* – чи можна вважати, що особа, яка безоплатно і без належної правової підстави користувалася чужою річчю, у такий спосіб збагатилася за рахунок власника речі?; *друга* – чи може власник у цій ситуації вимагати повернення безпідставно одержаного збагачення, обраховуючи його як розмір орендної плати за час юридично необґрунтованого користування річчю?

Відповідь на ці проблемні питання залежить від тієї або іншої інтерпретації конструкту¹ «збереження майна». Загалом є два способи тлумачення цієї словосполучки. Перший спосіб полягає в тому, щоб тлумачити його у нерозривному зв'язку із положенням другого речення частини першої ст. 1212 ЦК України, відповідно до якого особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала. За такої інтерпретації «збереження майна» означає по суті «неповернення майна», тобто ситуацію, коли особа на належній правовій підставі набуває майно, але в подальшому, коли ця підстава відпадає, не повертає його. Якщо «збереження майна» розуміти у такому, вузькому сенсі, то власник не має права на стягнення безпідставного збагачення (у розмірі рівному розміру орендних платежів) із особи, яка безоплатно і безпідставно користувалася його майном. До такого підходу, на наш погляд, схиляється, зокрема І. В. Спасибо-Фатєєва, яка зазначає: «що стосується *безпідставного збереження майна*, то його як підставу для кондикції слід розуміти, по-перше, стосовно до чужого майна (а не свого: в значенні збереження власних витрат за рахунок отриманої від іншої особи змоги їх покрити); по-друге, як інший варіант надходження майна в орбіту володіння й користування особою, відмінний від набуття майна» [1, с. 302].

Другий підхід до тлумачення словосполучки «збереження майна» допускає більш широке трактування і тоді положення другого речення ч. 1 ст. 1212 ЦК України не сприймається як таке, що вичерпує собою зміст поняття «збереження майна» – натомість це поняття наділяється ще й іншим аспектом значення. Такий спосіб тлумачення спеціально-юридичного конструкту спирається на загальнолексичну семантику слова «зберігати». Так, відповідно до Академічного тлумачного словника одним зі значень слова «зберігати» є «заощаджувати, економити що-небудь» [2, с. 428]. За такої інтерпретації «збереження майна» охоплює собою не тільки «неповернення» чужого, але також і «заощадження» свого, тобто ситуацію, коли особа уникає певних витрат (власного майна) внаслідок безпідставного покладання таких витрат на іншого учасника цивільного обороту. Подібна ситуація і має місце у випадку, коли особа безпідставно й безоплатно користується чужою річчю: за таких обставин користувач уникає необхідності сплачувати за її оренду, тобто не виконує той юридичний обов'язок, який би був на нього покладений у випадку, коли б він користувався майном на належній правовій підставі – тобто, приміром, на підставі договору оренди.

¹ Конструкт – поняття, яке є засобом наукового аналізу й узагальнення.

Правові приписи мають бути ясними й зрозумілими не тільки для фахівців-правників, але й для пересічних громадян, які звертаються до тексту законодавчого акту. З таких позицій бажано, щоб юридична термінологія, якою послуговується законодавець, була близькою до загальноновживаного значення слів. Тим не менше, дослідження в галузі юриспруденції переконливо доводять, що з'ясування спеціально-юридичного значення слів не може вичерпуватися апелюванням до загальної лексики. Інакше кажучи, загальнолексичне значення слова не повинне вважатися вирішальним аргументом у дискусії про тлумачення слова в юридичному контексті. Тому для вмотивованого вирішення порушеної проблеми необхідно вдаватися також і до застосування інших методів дослідження, зокрема історичного та компаративного (порівняльно-правового), а також вивчити емпіричний матеріал, яким є судова практика.

Що стосується історії розвитку сучасного інституту кондикційних зобов'язань, то слід відзначити, що цей інститут, як і багато інших інститутів приватного права, був винайдений правниками Давнього Риму. Так, проти особи, яка безпідставно збагатилася, потерпілому надавався спеціальний позов – *condictio sine causa* (Див. Dig. XII, 4–7). Учені-романісти, зокрема Ю. Барон і Б. Віндшейд, стверджують, що згідно з уявленнями давньоримських юристів збагачення могло полягати не тільки в тому, що особа безпідставно (*sine causa*) набувала майно, але також і в тому, що вона безпідставно заощаджувала майно, тобто не витратила своїх коштів у випадках, коли повинна була б їх витратити. Переконливі докази на користь такого твердження можна знайти і в першоджерелах. Так, наприклад, Павло у 17-й книзі «Коментарів до Плавція» описує випадок, коли господар будинку, помилково вважаючи себе зобов'язаним до того, надає особі право проживання в ньому. За таких обставин, – стверджує юрист, – господар вправі вчинити кондикційний позов до особи на суму, за яку вона могла б винаймати це житло (I. 65. § 7. Dig. XII, 6). Примітно, що описаний Павлом казус подібний до ситуації, означеної нами на початку цієї роботи.

Під кутом зору компаративного аналізу варто зауважити, що сучасні міжнародні та зарубіжні джерела права виходять із широкого розуміння того, що є «збагаченням» (*enrichment*) у контексті кондикційного зобов'язання. Доволі показовим є положення ст. VII. – 3:101 Проекту загальної системи підходів (Draft Common Frame of Reference). Відповідно до частини першої цієї статті, «особа збагачується внаслідок: (a) збільшення активів або зменшення зобов'язань; (b) отримання послуг або робіт; (c) використання чужого майна». Таким чином, у DCFR використання чужого майна прямо назване як спосіб збагачення.

Відповідно до ст. 812 ЦК Німеччини «особа, яка отримує дещо внаслідок вчинення дій другою особою, або в інший спосіб за рахунок останньої без належної до того правової підстави, зобов'язана повернути одержане». При цьому, як наголошують К. Цвайгерт і Г. Кьотц, «найважливішим випадком збагачення «в інший спосіб» (*“in sonstiger Weise”*) є використання або одержання вигоди із чужої речі або права без дозволу на те власника речі чи володільця права» [3, с. 292]. Аналогічне тлумачення надається також і положенням ст. 1376 ЦК Франції.

У новітній практиці українських судів також є чимало рішень, у яких вищі судові інстанції тлумачать «збереження майна» широко, розуміючи під ним не тільки «неповернення чужого», але й «заощадження власного» майна. Так, у справі № 922/51/15 фізична особа – підприємець придбав у власність нежитлову будівлю у м. Харкові, однак право на використання земельної ділянки, на якій ця будівля була розташована, належним чином не оформив. Згідно з обставинами справи Харківська міська рада ухвалила рішення про надання зазначеної земельної ділянки підприємцеві в оренду для експлуатації та

обслуговування нежитлової будівлі (кафе). При цьому тим же рішенням Харківської міської ради підприємця було зобов'язано у місячний строк звернутися до управління земельних ресурсів для встановлення меж земельної ділянки на місцевості, та звернутися до управління земельних відносин Департаменту містобудування, архітектури та земельних відносин Харківської міської ради для оформлення договору оренди землі. У рішенні також вказувалося, що приступати до використання земельної ділянки до встановлення її меж у натурі (на місцевості); до одержання документа, що посвідчує право на неї та до державної реєстрації, забороняється.

Незважаючи на приписи, що містилися в рішенні Харківської міської ради, договір оренди землі з підприємцем так і не було укладено. Тим не менше, підприємець упродовж тривалого часу (близько трьох років) продовжував фактично користуватися земельною ділянкою, не будучи при цьому зареєстрований як платник податку на землю з фізичних осіб. Зрештою Харківська міська рада звернулася до суду з вимогою про стягнення з фізичної особи-підприємця грошових коштів у розмірі рівному розміру орендної плати за землю, яка мала б справлятися з цієї особи у випадку укладення з нею договору оренди. Справа розглядалася неодноразово. В остаточному підсумку Вищий господарський суд у постанові від 12 січня 2017 року дійшов висновку, що вимоги позивача підлягають задоволенню на підставі положень глави 83 ЦК України. Колегія суддів, зокрема зазначила таке: «відповідач (набувач), не сплачуючи орендну плату за користування земельною ділянкою за відсутності укладеного договору, збільшує вартість власного майна, а позивач (потерпілий) втрачає належне йому майно (кошти від орендної плати), тобто відбувається факт безпідставного збереження саме орендної плати відповідачем за рахунок позивача. ...Підприємець зобов'язаний сплатити Харківській міській раді грошові кошти безпідставно збережені внаслідок безоплатного користування спірною земельною ділянкою без належного оформлення» [4]. Подібну позицію було висловлено Вищим господарським судом у постанові від 10 листопада 2015 року у справі № 922/5196/14 [5].

Таким чином, зважаючи на вищезазначене, вважаємо, що конструкт «збереження майна» у контексті кондикційних зобов'язань (гл. 83 ЦК України) необхідно розуміти широко: «збереження» включає в себе не тільки «неповернення чужого» (про що йдеться у другому реченні ч. 1 ст. 1212 ЦК України), але й «заощадження свого». Отже, у випадку, коли особа без відповідної правової підстави безоплатно користується чужим майном, то власник може пред'явити до такого користувача позов на підставі ст. 1212 ЦК України і вимагати повернення безпідставного збагачення, розмір якого має вираховуватися як сума орендної плати, яку б сплатив користувач, якби використовував річ на підставі договору оренди із власником.

Список бібліографічних посилань:

1. Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов: монография/под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2014. 672 с.
2. Словник української мови: в 11 т./ред. тома Г. М. Гнатюк. Київ: Наук. думка, 1972. Т. 3. 744 с.
3. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. М.: Международ. отношения, 2000. Т. 2: Неосновательное обогащение. Деликт. 512 с.
4. Постанова Вищого господарського суду України від 12 січ. 2017 р. у спр. № 922/51/15 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64098867> (дата звернення: 10.03.2017).
5. Постанова Вищого господарського суду України 10 листоп. 2015 р. у спр. № 922/5196/14 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53490982> (дата звернення: 10.03.2017).

Одержано 29.04.2017

Ірина Олексіївна Єфремова,

*аспірант кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ПРО УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

В останні роки все більшого поширення набувають випадки порушень сімейних прав та інтересів. У першу чергу це стосується порушень сімейних прав та інтересів дитини, через що нашу державу буквально поглинула хвиля дитячої безпритульності, у суспільстві з'явився прошарок населення, який вже звично називають «діти вулиці». Під час парламентських слухань «Права дитини в Україні: забезпечення, дотримання, захист», які відбулися у Верховній Раді України 12 жовтня 2016 р., було зазначено, що в Україні 65 % дітей хоч одного разу в житті зазнали насильства щодо себе [1]. У щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2015 р. зазначається, що щороку українські суди приймають понад 5 тисяч рішень про позбавлення батьківських прав та про відібрання дітей від батьків без позбавлення батьківських прав. У 2015 р. за даними Міністерства соціальної політики України було прийнято 4820 та 572 таких рішень відповідно. За даними Міністерства соціальної політики України, станом на 01.11.2015 на обліку служб у справах дітей перебувало понад 32 тис. дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах. При цьому майже 94 % з них проживають у сім'ях, батьки яких ухиляються від виконання батьківських обов'язків [2]. Засоби масової інформації «рясніють» повідомленнями про смерть дев'ятимісячної дитини, яку мати напоїла алкогольною сумішшю, про те, що мати залишила малолітніх дітей на дев'ять днів вдома та іншими відомостями про жорстоке поводження з дитиною. Непоодинокими є в Україні й факти насильства в сім'ї щодо інших членів сім'ї, використання непосильної праці прийомних та усиновлених дітей тощо. Зазначене свідчить, що існуючий механізм захисту сімейних прав та інтересів потребує удосконалення. Саме зазначені чинники й обумовлюють актуальність цього дослідження.

Важливе місце у механізмі захисту сімейних прав та інтересів учасників сімейних правовідносин займають заходи відповідальності, саме підвищення їх ефективності сприятиме реальному забезпеченню прав учасників сімейних правовідносин, і, в першу чергу, прав дитини, непрацездатних членів сім'ї. Держава за допомогою заходів відповідальності у сімейному праві зобов'язана попередити, а у разі необхідності покарати винуватих осіб у порушенні сімейних прав та інтересів.

До заходів сімейно-правової відповідальності доцільно віднести такі заходи: визнання шлюбу недійсним (ст. 39–41 СК України), позбавлення права одного із подружжя на рівну частку при поділі майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (ч. 2 ст. 70 СК України), відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої одному із учасників сімейних правовідносин (ч. 2 ст. 162 СК України), позбавлення батьківських прав (ст. 164 СК України), позбавлення права бути усиновлювачем, опікуном, піклувальником (п. 4 ч. 1 ст. 166 СК України), відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав (ст. 170 СК України), стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати

аліментів (ст. 196 СК України), недійсність усиновлення (ст. 236 СК України), скасування усиновлення (ст. 238 СК України) тощо.

Варто зазначити, що зазначені заходи відповідальності за порушення сімейних прав та інтересів встановлювалися законодавцем поступово у процесі розвитку сімейного законодавства України. Зокрема, до набрання чинності СК України з 1 січня 2004 р. у сімейному законодавстві України були відсутні положення про неустойку (пеню) за прострочення сплати аліментів, про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої порушенням сімейних прав та інтересів, у випадках, передбачених СК України або договором тощо.

Розглянемо більш ретельно можливі напрями удосконалення сімейного законодавства України щодо заходів відповідальності за порушення сімейних прав та інтересів. Так, відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 255 СК України патронатний виховатець зобов'язаний сприяти контактам дитини з батьками, іншими законними представниками, родичами, крім випадків, коли батьки позбавлені батьківських прав або в судовому порядку обмежені у праві спілкування з дитиною. Із зазначеного вище можна зробити висновок, що одним із способів захисту сімейних прав та інтересів й одночасно заходом відповідальності в сімейному праві є обмеження батьків у праві спілкування з дитиною у судовому порядку. Проте чинним СК України такий спосіб захисту сімейних прав та інтересів не передбачено. Отже, після внесення змін до глави 20 СК України «Патронат над дитиною» виникла прогалина у сімейному законодавстві, усунути яку доцільно шляхом внесення змін до СК України у частині визначення підстав обмеження батьків у праві спілкування з дитиною.

Одним із заходів відповідальності у сімейному праві є позбавлення батьківських прав. Як зазначали В. П. Маслов, З. А. Підпригора, О. А. Пушкін, позбавлення батьківських прав означає припинення конкретного комплексу особистих та майнових прав громадян стосовно своїх дітей. Тому цей акт не є обмеженням правоздатності – батьки позбавляються таких прав не взагалі стосовно всіх своїх дітей, а тільки по відношенню до тих, яких виховували неправильно [3, с. 158]. Порівнюючи застосування позбавлення батьківських прав за законодавством України та інших країн, можна дійти висновку, що такий крайній захід сімейно-правової відповідальності може застосовуватися у виключних випадках, у той же час допускається за законодавством інших країн часткове позбавлення батьківських прав або обмеження батьків у певних батьківських правах. Так, відповідно до ст. 379-1 Цивільного кодексу Франції замість повного позбавлення батьківських прав, рішення суду може передбачати часткове їх позбавлення, обмежене тільки вказаними у ньому повноваженнями. Воно також може передбачати, що повне або часткове позбавлення батьківських прав буде розповсюджуватися лише на певних дітей, які вже народилися [4, с. 189]. Свого часу Л. П. Короткова акцентувала увагу на необхідності часткового позбавлення батьківських прав у вигляді позбавлення батьків права на управління і розпорядження майном дітей при розбазарюванні ними майна дітей, аліментів чи виплат [5, с. 13]. Стаття 170 СК України визначає підстави застосування такого заходу відповідальності, як відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав, наслідком застосування якого є по суті обмеження батьків у певних правах, зокрема у праві на особисте виховання дитини, у праві на спілкування дитини, хоча безпосередньо у ст. 170 СК України зазначені правові наслідки не визначено. Отже, доцільно більш ретельно регламентувати в СК України правові наслідки відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав, визначити підстави та порядок обмеження батьків у їх деяких правах.

Крім того, ч. 5 ст. 170 СК України передбачає, що положення частин першої – третьої цієї статті (тобто підстави та порядок відібрання дитини від батьків без позбавлення

їх батьківських прав) застосовуються до відібрання дитини від інших осіб, з якими вона проживає. У зв'язку з чим виникає низка питань у правозастосовній діяльності, чи розповсюджуються ці положення на відносини, які виникають при перебуванні дитини під патронатом, у прийомній сім'ї, у дитячому будинку сімейного типу тощо. Всі ці питання потребують більш ретельного правового регулювання.

Аналіз судових справ у спорах, що витікають із сімейних правовідносин, свідчить, що значна частка спорів виникає й з приводу відібрання дитини одним із батьків від баби, діда дитини з боку другого з батьків, оскільки вони утримають дитину у себе не на підставі закону або рішення суду. Зазвичай, після розірвання шлюбу між батьками дитини баба, дід вважають, що той із батьків, з ким залишилася проживати дитина, «негідно» виховує їх внуків, недостатньо матеріально забезпечений, не зможе дати належну освіту внукам та ін. Проте СК України не передбачає можливості обмежити таких бабу та діда дитини у праві спілкування з внуками, позбавити їх цього права тощо, безумовно, за наявності певних підстав, визначених законом, та якщо це відповідатиме інтересам дитини.

Відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України способом захисту сімейних прав та інтересів зокрема є відшкодування матеріальної та моральної шкоди, якщо це передбачено СК України або договором. З цього приводу І. В. Жилінкова слушно зазначає, що сімейний закон не містить визначення матеріальної та моральної шкоди, а також порядку та розміру її відшкодування; відшкодування матеріальної та моральної шкоди можливе лише у випадках, передбачених СК України або договором [6, с. 73]. Вочевидь, такі заходи сімейно-правової відповідальності повинні застосовуватися не тільки у випадках, визначених СК України або договором, а при будь-якому порушенні сімейних прав та інтересів, якщо таким порушенням було завдано матеріальної або майнової шкоди учасникам сімейних правовідносин. Отже, пункт 6 ч. 2 ст. 18 СК України доцільно викласти у редакції: «відшкодування матеріальної та моральної шкоди», тим самим скасувавши обмеження у застосуванні цих заходів відповідальності у сімейному праві.

Зазначені вище положення щодо удосконалення сімейного законодавства України, безумовно, мають дискусійний характер, їх подальше наукове обговорення сприятиме підвищенню ефективності застосування заходів відповідальності у сімейному праві.

Список бібліографічних посилань:

1. Матеріали парламентських слухань «Права дитини в Україні: забезпечення, дотримання, захист», які відбулися у Верховній Раді України 12 жовтня 2016 року // Верховна Рада України: офіц. сайт. URL: http://static.rada.gov.ua/zakon/new/par_sl/sl1210116.htm (дата звернення: 19.04.2017).

2. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2015 рік // Уповноважений Верховної Ради України: офіц. сайт. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/> (дата звернення: 19.04.2017).

3. Маслов В. Ф., Подопригора З. А., Пушкин А. А. Действующее законодательство о браке и семье/под ред. А. А. Пушкина. Харьков: Изд-во Харьков. ун-та, 1972. 212 с.

4. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)/пер. с фр. В. Захватаев; предисл.: А. Довгерт, В. Захватав. Киев: Истина, 2006. 1008 с.

5. Короткова Л. П. Ответственность родителей (усыновителей) за ненадлежащее воспитание детей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харьков, 1980. 15 с.

6. Сімейний кодекс України: наук.-практ. комент./за ред. І. В. Жилінкової. Харків: Ксилон, 2008. 855 с.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.19

Антон Вікторович Киричок,*здобувач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ*

МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ САМОЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ

Пунктом 1 ст. 12 ЦК України проголошено основний принцип здійснення цивільних прав, яким передбачено, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. Законодавець звертає увагу на свободу вибору кожної особи, однак така свобода не є безмежна, і зрозуміло, що потрібні певні межі здійснення цивільних прав для того щоб унормувати відносини з іншими особами, котрі також мають рівні права.

Зокрема такі межі визначені ст. 13 ЦК України, однак вказана стаття є загальною для всіх цивільних прав. Через те, що самозахист прав учасників господарських товариств тільки частково нормативно врегульований, то дуже легко своїми діями самозахисту нанести шкоду корпоративним правам та інтересам інших учасників правовідносин. В даному випадку межі застосування самозахисту відіграють вирішальну роль у встановленні порушень прав інших осіб, у зв'язку з чим необхідно більш ретельно розібратись у понятті меж при самозахисті прав учасників господарських товариств.

Так, у диспозиції ст. 19 ЦК України зазначені окремі спеціальні межі передбачені саме для самозахисту, до яких відноситься: 1) застосування заходів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства; 2) відповідність змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням.

З огляду на вказану статтю можна зробити висновок, що законодавець встановлює два основних принципи здійснення самозахисту – це законність та співрозмірність. Однак вказані принципи є оціночними, крім того, складність корпоративних відносин полягає в тому, що власнику частки у статутному (складеному) капіталі або акції надається велика кількість корпоративних прав, які не підкріплені обов'язками з його сторони, тобто важко встановити порушення при самозахисті, оскільки відсутній обов'язок особи на вчинення або утримання від вчинення конкретних дій.

Так, О. Ю. Асташкіна наголошувала на тому, що право АТ і акціонера на захист гарантоване законом в повній мірі лише у тому випадку, коли відповідає межам його здійснення, тобто реалізується зазначеними особами добросовісно, розумно, опосередковує застосування дозволених засобів захисту за призначенням, не пов'язане з метою завдати шкоду іншій особі або порушити права іншої особи у будь-якій формі [1, с. 83]. Тобто підкреслюється, що межею захисту прав акціонера є загальний цивільний принцип добросовісності, розумності та справедливості, що також передбачає незавдання своїми діями шкоди іншій особі.

В свою чергу Ю. М. Жорнокуй підкреслив, що межі суб'єктивного корпоративного права завжди повинні бути чіткими та об'єктивними, вони встановлюються законом, внутрішніми корпоративними нормами (уставними, не уставними). Межі здійснення суб'єктивного корпоративного права більшою мірою залежать від поведінки та волі суб'єктів корпоративних відносин, котрі повинні дотримуватись меж і обмежень при реалізації суб'єктивного права [2, с. 113]. Вчений звертає увагу на регулювання меж за допомогою

нормативно-правових та локальних корпоративних актів, тобто встановлення чіткої грані за якою буде мати місце порушення прав інших осіб. Вказану позицію можна застосовувати в тому числі до самозахисту.

Більш чітке визначення меж у корпоративному праві надала І. Б. Саракун, так під межами корпоративного права вона розуміє всі юридично закріплені можливості учасника (засновника) по придбанню, здійсненню корпоративних прав та розпорядження ними [3, с. 12]. Таким чином, науковець під поняттям межа розуміє всі надані володільцю корпоративних прав можливості розпорядження ними, тобто певні рамки, в межах яких його дії будуть мати законний характер, а за їх межами вже відбувається порушення чужих прав.

Н. Р. Кобецька зазначає, що межі здійснення і захисту корпоративних прав визначаються відповідно до загальних вимог цивільного законодавства, але мають враховувати особливості статусу учасників господарських товариств, обігу акцій в АТ тощо. Необхідність чіткого визначення меж здійснення учасниками господарських товариств, зокрема акціонерами, права на захист, пов'язана з поширенням випадків використання зовні законних, а фактично балансує на межі зловживання правом, методів захисту прав, які суттєво порушують права інших учасників і самого товариства [4]. Тобто, науковець зазначає, що самозахист може мати місце тільки у випадку дотримання його меж, в іншому випадку дії осіб будуть розцінюватись, як зловживання правом та порушення прав інших учасників господарських товариств.

З огляду на наукові позиції стосовно визначення поняття меж у корпоративному праві та меж його захисту, можна дати визначення межим самозахисту прав учасників господарських товариств. Так, під вказаним поняттям можна розуміти рамки встановлені законом або внутрішнім корпоративним актом, в яких учасники корпоративних відносин можуть вчиняти дії (бездіяльність), що відповідають принципам співмірності та законності, для реалізації самозахисту корпоративних прав. При чому за межами самозахисту буде мати місце зловживання правом та порушення прав інших осіб.

Список бібліографічних посилань:

1. Асташкина Е. Ю. Гражданско-правовые способы защиты прав акционеров в России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ставрополь, 2003. 191 с.
2. Жорнокуй Ю. М. Цивилистическая основа реализации субъективного корпоративного права: монография. Харьков: Золота миля, 2012. 186 с.
3. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект): автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2008. 20 с.
4. Кобецька Н. Р. Проблеми зловживання акціонерами своїм правом на захист // Напрямки розвитку корпоративного права в Україні (питання теорії та практики): матеріали Всеукр. наук.-практ. семінару. Івано-Франківськ: ПЮІ ЛьвДУВС, 2006. С. 106–109. URL: <http://194.44.152.155/elib/local/1843.pdf>.

Одержано 18.04.2017

Віктор Сергійович Козадаєв,*адвокат, здобувач вищої освіти рівня доктора філософії (PhD)
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*

ПОНЯТТЯ ВІЙСЬКОВОГО МАЙНА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ (ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ)

Попри наявність Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), окремі питання знаходяться поза межами його регулювання, прикладом чого є правове регулювання військового майна. Безумовно, що це не є класичним прикладом відсутності такого регулювання у ЦК України, та більше того – без будь-якого натяку про необхідність такого регулювання на рівні ЦК України, зважаючи на те, що прикметник «військове» дотично до іменника «майно» відразу ж орієнтує нас на сферу, в якій публічний інтерес (сфера національної безпеки і оборони) займає провідне місце. При цьому, проблемність такого правового регулювання полягає не стільки у відсутності тих чи інших норм у ЦК України, або їх недосконалості, а у наявності певних протиріч у такому правовому регулюванні, що здійснюється на рівні спеціального законодавства – іншими ніж ЦК України спеціальними законодавчими актами, причому як законами, так і підзаконними актами.

Насамперед слід зазначити, що сама військова сфера виходячи із завдань та функцій, які поставлені перед державою та її військовою організацією має загальнодержавне значення, в якій переважають публічні інтереси, а тому переважна частина відносин є предметом правового регулювання публічного права. Проте, у зазначеній сфері мають місце й цивільно-правові відносини, в тому числі й щодо військового майна, а тому перед тим як досліджувати відносини, пов'язані із військовим майном, чи то в їх статичній або динамічній (відповідно речових чи зобов'язальних правовідносин) необхідно визначитись, що ж являє собою військове майно. При цьому, не можемо не зазначити, що окремі питання військового майна вже досліджувалися, зокрема, такими науковцями як: С. О. Іванов, Е. Г. Бойченко, П. М. Кондик, В. Й. Кісель, В. С. Щербина, але ці дослідження не повною мірою розкривали проблемні аспекти військового майна, зокрема й через те, що теми досліджень тих чи інших авторів стосувалися інших питань.

Саме поняття «військове майно» знайшло легальне закріплення в Законі України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» (із змінами) [3] (далі – Закон № 1075-XIV), в статті 1 якого зазначається, що: «Військове майно – це державне майно, закріплене за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил України (далі – військові частини). До військового майна належать будинки, споруди, передавальні пристрої, всі види озброєння, бойова та інша техніка, боєприпаси, пально-мастильні матеріали, продовольство, технічне, аеродромне, шкіперське, речове, культурно-просвітницьке, медичне, ветеринарне, побутове, хімічне, інженерне майно, майно зв'язку тощо». Характеризуючи юридичну техніку формулювання ст. 1 Закону № 1075-XIV, слід звернути увагу на два наступні моменти. По-перше, це наведення в законі самого визначення поняття військового майна, а по-друге, це зазначення переліку того майна, що відноситься до військового майна, при цьому сам перелік військового майна не є вичерпним, про що свідчить використання законодавцем такого мовного засобу як складно-го сполучника «тощо».

В літературі звертається увага на те, що з порівняльного аналізу назви Закону № 1075-XIV та наведеного визначення військового майна можна дійти діаметрально протилежних висновків: 1) законодавець отожднює поняття майна у Збройних Силах України і військового майна; 2) майно у Збройних Силах України включає крім військового майна ще й інші види майна. На думку проф. В. С. Щербини правильним слід вважати перший висновок, оскільки зміст наступних статей закону не дає підстав виділити у складі майна у Збройних Силах України «невійськове майно» [5, с. 336]. Іншого погляду дотримується Е. Д. Бойченко, який зазначає, що поняття «майна Збройних Сил України» є більш широким та включає, крім військового майна, матеріальні та грошові засоби, та вважає за доцільне здійснення законодавчого розмежування понять «військового майна» та «майна Збройних Сил України» [1]. Не заперечуючи важливості порушеного авторами питання щодо співвідношення поняття «майна Збройних Сил України» та «військове майно» ми хочемо звернути увагу на дещо інший аспект.

Так, незважаючи на наявність законодавчого закріплення та визначення військового майна постає питання чи є військове майно окремим майном, чи воно лише являє собою збірне поняття. Доречним тут буде навести думку Є. Суханова, щодо взагалі терміна «майно», згідно якої законодавець терміну «майно» за загальним правилом надає значення збірного поняття, а майно взагалі не може бути цілним об'єктом в силу речово-правового принципу спеціалізації. Щодо нього, продовжує Є. Суханов, не може бути встановлено єдине абсолютне (речове) право, тобто майно як таке не може бути об'єктом права власності [2, с. 289–290]. Безумовно, що якщо виходити з позитивістського підходу та зважати на наявність легального окремого визначення військового майна, особливостей його правового регулювання відповідь напрошується сама собою – таке майно як військове є окремим майном. Інша річ, коли ми починаємо зважати на перелік того майна, що входить до складу військового та його цивільно-правову характеристику однозначність зникає. Так, насамперед слід звернутися до статті 1 Закону України від 20 лютого 2003 року № 549-IV «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання» (із змінами) [4] (далі – Закон № 549-IV) в якій зазначається, що:

«вироби військового призначення – озброєння, боєприпаси, військова та спеціальна техніка, спеціальні комплектуючі вироби для їх виробництва, вибухові речовини, а також матеріали та обладнання, спеціально призначені для розроблення, виробництва або використання зазначених виробів». Отже, деяка суперечність настає коли починаємо одночасно використовувати терміни «військове майно» та «майно військового призначення», або точніше кажучи «вироби військового призначення», до яких якраз і належать ті речі, які є обмеженими або вилученими з цивільного обороту. Тому, при характеристиці військового майна можна виокремити власне військове майно (вироби військового призначення) та інше майно, що є військовим в силу лише того факту, що воно закріплене за військовими частинами. Адже до майна, яке не є обмеженим в цивільному обороті, але в силу того факту, що воно закріплене за військовими частинами, а отже є військовим навряд чи приходить вести мову про їх чи то подвійну природу, чи то подвійний правовий режим, що дещо нагадує авторів відому дискусія про комплексні галузі права, щодо переконливості аргументів про самостійність яких навряд чи приходить говорити. Таким чином вважаємо, що військове майно відрізняється за специфікою свого правового регулювання від того чи іншого майна, але за переліком майна, що входить (може входити) до військового майна можна виділити власне військове майно (вироби військового призначення) та будь-яке інше майно, що закріплене за військовими частинами, та в силу останнього факту є військовим майном. Порівнюючи визначення військового майна та поняття виробів військового призначення, що

застосовуються в зазначених вище законах, бачимо певне перехрещення цих понять, при цьому одне й те ж саме військове майно, яке одночасно зазначається й в переліку військового майна й в переліку виробів військового призначення має різні назви, а отже застосована законодавцем термінологія потребує певної уніфікації.

Отже, військове майно є (1) державним майном, тобто перебуває у державній власності, що (2) закріплене за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил України. В чинному законодавстві дещо перехрещуються між собою поняття «військове майно» та «вироби військового призначення», при цьому при визначенні вказаних термінів знаходимо суперечність в термінології при позначенні по суті одного й того ж військового майна, що не сприяє ефективності правового регулювання, а тому постає необхідність у законодавчому узгодженні термінології. Окрім того, розгляд поняття військового майна повинен здійснюватись у тісному зв'язку із такими категоріями та інститутами цивільного права як об'єкти цивільних прав та їх види, майно, річ, майновий комплекс, за для можливості виявлення спільних та відмінних рис, його особливостей, місця в цивільному праві, виявлення недоліків (суперечностей) у правовому регулюванні, та вироблення рекомендацій з їх усунення, з метою найбільш ефективного правового регулювання відносин, пов'язаних з військовим майном, а тому усунення термінологічних суперечностей шляхом внесення відповідних змін до законодавства повинно бути одним із перших кроків до досягнення вказаної ефективності.

Список бібліографічних посилань:

1. Бойченко Е. Г. Правове регулювання господарської діяльності військових частин Збройних Сил України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Одеса, 2015. 20 с.
2. Страницы Харьковской цивилистики: в 3 ч. Ч. 3: Доктора Харьковской цивилистической школы/под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С. Н. Бервено. Харьков: ХНУ имени В. Н. Каразина, 2010. 360 с.
3. Про правовий режим майна у Збройних Силах України: закон України від 21.09.1999 № 1075-XIV // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1075-14>.
4. Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання: закон України від 20.02.2003 № 549-IV // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/549-15>.
5. Актуальні проблеми господарського права: навч. посіб./за ред. В.С. Щербини. Київ: Юрінком Інтер, 2012. 528 с.

Одержано 14.04.2017

УДК 347.3

Марина Ігорівна Козирєва,

аспірантка Харківського національного університету внутрішніх справ

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВА НА ОДЕРЖАННЯ ЧАСТИНИ АКТИВІВ ПРИ ЛІКВІДАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

В Україні право на отримання частини майна, що залишається після розрахунків з усіма кредиторами при ліквідації господарського товариства є одним із основних прав його учасника, хоча виникає воно лише з настанням певних юридичних фактів та після

виконання усіх вимог кредиторів. Закріплення вказаного права в нормативно-правових актах України на жаль не дає вичерпної відповіді на питання про його правову природу, порядок здійснення, захисту та низку інших, які є істотними для осіб, що ним наділяються. Відповідно ні законодавство, ні наукова спільнота не дають з цього приводу вичерпної відповіді. Не можемо ми її знайти і в роз'ясненнях вищих судових інстанцій.

В юридичній літературі обстоюється позиція, що право на одержання частини майна при ліквідації господарського товариства є гарантією отримання учасниками майна розміщеного в статутному (складеному) капіталі товариства. Проте давайте зважимо на тенденції розвитку корпоративного законодавства. Відповідно до ст. 116 ЦК України та ст. 10 Закону України «Про господарські товариства» серед переліку прав учасників господарських товариств таке право відсутнє. Вказані нормативні акти містять правило, що учасники господарського товариства можуть також мати інші права, встановлені установчим документом товариства та законом. Натомість ст. 167 ГК України вже прямо визнає існування права на отримання активів у разі ліквідації організації відповідно до закону.

Врахування вказаних норм ставить перед нами більше питань, ніж дає на них відповідей. Так, якщо визнати, що учасник (акціонер) має право на одержання частини активів при ліквідації товариства, то такому праву має кореспондувати обов'язок товариства (його правонаступника) забезпечити виконання вимог такої особи.

Законодавство України щодо припинення діяльності юридичних осіб за забезпечення, у зв'язку з цим, вимог кредиторів, до яких ним віднесено і учасників (акціонерів) товариств передбачає два основні випадки. Перше – припинення платоспроможної юридичної особи. Друге – припинення неплатоспроможної юридичної особи. І якщо у першому випадку можна говорити, що у учасників (акціонерів) є ймовірність отримати «еквівалент» своїх часток (акцій), то у другому – її майже не має. Це перше питання.

В більшості випадків корпорації припиняють своє існування шляхом ліквідації в результаті неплатоспроможності і навряд чи вистачить майна для задоволення вимог усіх черг кредиторів, а учасники отримають свої частки. За таких умов ліквідація здійснюється у порядку, встановленому Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у зв'язку з чим виникає питання про існування такого права у учасника (акціонера).

В юридичній літературі запропоновано відносити досліджуване право до категорії потенційних [1, с. 79; 2, с. 119]. Таке твердження ґрунтується на тому, що для реалізації права на отримання коштів та майна у випадку ліквідації АТ необхідним є настання цілого ряду фактів, дотримання чи виконання низки умов: 1) прийняття рішення про ліквідацію товариства; 2) дотримання встановленої законом процедури ліквідації; 3) погашення товариством заборгованості перед усіма кредиторами; 4) наявність після розрахунків з кредиторами грошових засобів та/або майна для розподілу їх між колишніми учасниками товариства [3].

Для господарських товариств характерним є принцип пропорційності розподілу активів між учасниками у разі ліквідації, тобто кожен учасник одержує частину активів, яка пропорційна розміру його частки в статутному капіталі на час ліквідації. Зазначене положення є диспозитивним і установчими документами можуть передбачатися інші правила. Для порівняння, у Федеративній Республіці Німеччини майно товариства підлягає розподілу між членами товариства пропорційно їх паям¹. У договорі про заснування товариства

¹ § 72 Закону ФРН «Про товариства з обмеженою відповідальністю» [4, с. 28].

не може бути встановлений інший принцип розподілу. За угорським законодавством майно, яке залишається після задоволення вимог кредиторів, у першу чергу використовується для відшкодування додаткових внесків, а частина, що залишилася, ділиться між учасниками пропорційно до їх вкладів до статутного капіталу¹.

О. В. Титова вважає, що право на ліквідаційну квоту мають лише власники привілейованих акцій та учасники командитних товариств, фактично всі інші учасники товариств такого права не мають, по своїй суті дане право є абстрактним [5, с. 6]. Якщо вести мову про повноцінне право, якому неодмінно кореспондує обов'язок (в даному випадку обов'язок товариства виплачувати ліквідаційну квоту), то з даною позицією не можна погодитися, адже немає жодних гарантій, що під час ліквідації неплатоспроможного господарського товариства вистачить майна для задоволення інтересів власників привілейованих акцій та вкладників командитного товариства, у них лише є переваги над власниками простих акцій та повними учасниками. Якщо ліквідується платоспроможне господарське товариство, майна має вистачити для задоволення усіх черг передбачених ст. 112 ЦК України та ч. 1 ст. 89 Закону України «Про акціонерні товариства», де встановлено розподіл майна у разі ліквідації платоспроможного акціонерного товариства між акціонерами, закріплюючи задоволення їх вимог з п'ятої до дев'ятої черг.

Отже, право на ліквідаційну квоту існує як таке, але у більшості випадків закріплюється та регулюється лише на рівні локальних актів товариства. За загальним правилом, якщо існує право значить йому має кореспондувати обов'язок, а отже такі відносини є зобов'язальними, але законодавством не передбачено обов'язок товариства виплачувати ліквідаційну квоту учасникам. С. В. Жуков зазначає, що на сьогодні єдиного нормативно-правового акта, який регламентує порядок ліквідації юридичних осіб, в тому числі товариств, не існує [6, с. 175]. Існуючі нормативні акти недостатньо чітко та повно усувають цю прогалину.

Отже, якщо стверджувати, що право на одержання частини активів при ліквідації господарського товариства є потенційним, тобто його фактично не існує, виникає друге питання про можливість його характеристики як права секундарного.

С. С. Алексєєв вважав, що саме односторонньо зобов'язувальні правочини можуть породжувати: правомочності, які формують зобов'язальні та інші цивільні правовідносини, тобто правоутворювальні правомочності, і правомочності, які пов'язані з дією (динамікою) зобов'язальних відносин, тобто секундарні правомочності. Секундарні правомочності – це «другорядні» правові утворення, які немов надбудовуються над головним змістом зобов'язання, входять до складу суб'єктивного права особи як додаткові елементи [7, с. 58]. Вчені досить по різному трактують секундарні права, визнаючи їх прообразом права; особливою секундарною правомочністю, яка стоїть між правоздатністю і суб'єктивним правом; вказуючи на те, що вони не є суб'єктивними цивільними правами, відзначаючи, що вони пов'язані виключно із зобов'язальними правовідносинами; як юридичну можливість одностороннім волевиявленням привести до виникнення, зміни або припинення цивільного правовідношення; і навпаки стверджуючи, що вони є суб'єктивним корпоративним правом чи недозрілим суб'єктивним правом.

Таким чином, можна стверджувати, що право на одержання частини активів при ліквідації господарського товариства застосовується в корпоративних правовідносинах як право, якому не кореспондує обов'язок, що є виключенням із загальних правил.

¹ § 230 Закону Угорщини про господарські товариства 1988 р. [4, с. 62].

Фактично права на одержання частини активів при ліквідації господарського товариства учасник (акціонер) не має, ним він може скористатися лише після настання певних юридичних фактів. Звідси виникає питання про доцільність закріплення в окремих нормативних актах досліджуваного права як права, яке належить учасникам корпоративних правових зв'язків. У разі ж якщо учасники (акціонери) закріплять відповідне право статутом (засновницьким договором) товариства, його варто визнавати корпоративним правом, яке належить кожному з учасників (акціонерів), проте знову ж таки з урахуванням вимог чинного законодавства (у контексті правового становища акціонерів-власників привілейованих акцій або вкладників командитних товариств).

Список бібліографічних посилань:

1. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Украины: учебное пособие. Харьков: Эспада, 2001. 288 с.
2. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. 214 с.
3. Луць В. В., Сивий Р. Б., Яворська О. С. Акціонерне право: навч. посіб./за заг. ред. В. В. Луця, О. Д. Крупчана. Київ: Ін Юре, 2004. 256 с.
4. Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: сб. зару-беж. законодательства/сост., отв. ред. и авт. вступ. ст. В. А. Туманов. М.: БЕК, 1995.
5. Титова О. В. Захист майнових інтересів учасників процесу ліквідації на підприємствах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Донецьк, 2006. 19 с.
6. Жуков С. В. Правові основи здійснення процедури ліквідації підприємства. *Право і Безпека*. 2009. № 5 (32). С. 175–180. URL: <http://pb.univd.edu.ua/?controller=service&action=download&download=24152>.
7. Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Свердлов. юрид. ин-т: сб. учен. тр. Свердловск, 1970. Вып. 13: Теоретические проблемы гражданского права. С. 53–63.

Одержано 19.04.2017

УДК 347.44

Микола Вікторович Криса,

*здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПРН України*

**ПРЕДМЕТ ЯК ІСТОТНА УМОВА ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ
НА ГЕОЛОГІЧНЕ ВИВЧЕННЯ НАДР ЗА ДЕРЖАВНИМ
ЗАМОВЛЕННЯМ**

При дослідженні правової природи договору підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням окрему увагу слід приділити саме істотним умовам, оскільки це питання завжди викликає наукову дискусію серед дослідників. Відповідно до ч. 1 ст. 837 ЦК України, за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Договір підряду може укладатися на виготовлення, обробку, переробку, ремонт речі або на виконання іншої роботи з передання її результату замовникові (ч. 2 ст. 837 ЦК України). Отже, послугуючись ч. 2 ст. 837 ЦК України можна зазначити, що предметом договору підряду на геологічне

вивчення надр за державним замовленням виступатиме той результат робіт на який сподіваються, і про який домовлялися сторони укладаючи цей договір. Окрім цього, не слід забувати й про норми ч. 1 ст. 638 ЦК України, а також ч. 2 ст. 180 ГК України, відповідно до яких істотними умовами цивільно-правового договору є умова про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Більше того, відповідно до ч. 3 ст. 180 ГК України при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Звертаючи увагу на зазначені законодавчі положення, встановлення істотних умов договору підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням зумовлює певні труднощі.

У доктрині права теж немає однозначної відповіді на такі питання. Так, одні вчені вважають, що предметом договорів підряду є сама робота виконавця, тобто дії з виконання отриманого завдання [1], інші – сама робота та її кінцевий результат [2]. В. В. Вітрянський вважає, що предмет являє собою дії (бездіяльність), які має зробити (або від вчинення яких має утриматися) зобов'язана особа [3]. Ч. Н. Азімов звертав увагу, що серед особливих ознак у договорах підрядного типу варто вказати на те, що предметом договору є як сама робота, так і її результат, інакше виконувана робота реалізується в замовленому результаті, що є індивідуально визначеною річчю [4].

У сучасній правовій літературі, зокрема М. С. Біленко зазначає, що предметом підрядних договорів, в тому числі й договору будівельного підряду є виконання підрядником будівельних та інших робіт з передання їх результату замовникові [5, с. 55]. На думку авторки предмет підрядних договорів слід розуміти як складний, що складається із роботи та результату. Натомість М. Д. Пленюк стверджує, що концепція щодо двох предметів видається сумнівною, тому вбачати подвійність складових єдиного предмета в підрядних договорах недоречно, адже саме по собі виконання замовлення не може бути предметом договору хоча б тільки через те, що робота, як правило, виконується підрядником самостійно [6, с. 61]. В свою чергу, О. О. Красавчиков стверджував, що предмет договору як його істотна умова – це те, з приводу чого сторони договору встановлюють взаємний правовий зв'язок, те, на що спрямована його регулятивна функція [7]. С. І. Шимон вважає, що предметом договору є основна дія (сукупність дій), яку необхідно вчинити задля досягнення мети договору [8, с. 63]. На думку А. Б. Гриняка у договорах з виконання робіт метою є задоволення інтересів замовника шляхом виконання конкретно визначеної роботи, а також отримання результату. До того, такий результат має отримуватися та передаватися на праві власності замовнику [9]. Аналізуючи питання про предмет договору субпідряду у капітальному будівництві С. В. Сенік стверджує, що сам процес виконання робіт, передбачений договором субпідряду, для генпідрядника не є цінністю поза матеріальним об'єктом, у який втілюється робота. Генпідрядника у будь-якому випадку буде цікавити кінцевий результат виконаних субпідрядних робіт у капітальному будівництві. Відповідно до цього, авторка стверджує, що предметом договору субпідряду у капітальному будівництві є індивідуалізований результат виконаних субпідрядником робіт, який набув відповідної матеріалізованої форми [10].

Таким чином, з огляду на все вище наведене вважаємо, що договір підряду на геологічне вивчення надр за державним замовленням відноситься до одного із видів договірної типу з виконання робіт вважаємо, що предметом цього договору слід розглядати матеріалізований результат, який задовольнятиме інтереси замовника шляхом виконання конкретно визначеної роботи.

Список бібліографічних посилань:

1. zobov'язальне право: теорія і практика: уавч. посіб./ред.: О. В. Дзера; Київ. уац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ: Юрінком Інтер, 1998. С. 100.
2. Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. М., 1967. С. 87.
3. Брагинский М. И., Витрянский М. М. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 22.
4. Азимов Ч. Н. Договорные отношения в области научно-технического прогресса. Харьков: Вища шк., 1981. С. 24.
5. Біленко М. С. Предмет договору будівельного підяду. *Юридична Україна*, 2013, № 10, С. 53–59.
6. Пленюк М. Д. Результат робіт як істотна умова договору будівельного підяду. *Юридична Україна*. 2013. № 10. С. 59–63.
7. Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Межвузовский сборник научных трудов/под ред. Л. А. Гупало. Свердловск: УрГУ, 1980. С. 11.
8. Шимон С. І. Об'єкт і предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*. 2011. № 4. С. 58–64.
9. Гриняк А. Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підяду: монографія/відп. ред. В. В. Луць. Київ: НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2011. С. 77.
10. Сенік С. В. Правове регулювання договірних відносин генеральних підрядників та субпідрядників у капітальному будівництві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2006. С. 4.

Одержано 25.04.2017

УДК 347.12

Ольга Миколаївна Лісничка,

здобувач кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

МЕДІАЦІЯ ЯК ФОРМА ЗАХИСТУ ПРАВ ПАЦІЄНТІВ

Юридичним конфліктом в сфері надання медичних послуг є певне негативне положення (стан), в якому опинилися суб'єкти медичних правовідносин, в ході надання (одержання) медичних послуг.

Більшість конфліктних ситуацій, які виникають в результаті незадоволення пацієнта лікуванням, доглядом, ставленням до себе з боку медичного персоналу, може вирішити лікар або керівник закладу охорони здоров'я. Але навіть розгляд скарг пацієнтів на дії працівників медичних закладів, з подальшим накладенням на останніх дисциплінарного або адміністративного стягнення, не дає можливості повноцінно розібратися у причині конфлікту, що виник, оскільки пацієнту повідомляються лише результати розгляду скарги і при цьому не надаються відповідні пояснення.

Коли конфлікт не вдається врегулювати таким шляхом, пацієнт, намагаючись захистити свої права, звертається до суду.

Застосування судової форми врегулювання конфліктів в сфері медичних правовідносин вимагає необхідності формування великої доказової бази, залучення незалежних експертів, що збільшує як строк розгляду справи, так і розмір процесуальних витрат.

Враховуючи це, найбільш прийнятною формою вирішення вже існуючого або потенційно можливого конфлікту у сфері медичних правовідносин може стати *медіація*.

На даний час в Україні не існує спеціального Закону, який регулює діяльність медіаторів. Проте, 3 листопада 2016 року Верховна Рада України підтримала за основу законопроект № 3665 «Про медіацію» (далі – Проект).

Відповідно до ст. 2 Проекту, **медіація** розглядається як альтернативний (позасудовий) метод вирішення спорів, за допомогою якого дві або більше сторони спору намагаються в рамках структурованого процесу за участі медіатора досягти згоди для вирішення їх спору.

Медіацію можливо застосовувати для вирішення конфліктів між медичними працівниками та керівництвом закладів охорони здоров'я, між самими медичними працівниками та медичними працівниками і пацієнтами.

Для пацієнтів переваги медіації полягають у таких можливостях:

- швидко та ефективно вирішувати спори шляхом проведення переговорів та досягнення взаєморозуміння;
- вирішити конфлікт на основі спільних інтересів, дійшовши добровільної згоди;
- бути почутим, особисто отримати вичерпну інформацію про хід лікування, стан здоров'я та іншу інформацію;
- стати частиною процесу вдосконалення якості надання медичних послуг, повернути довіру до системи органів охорони здоров'я.

У свою чергу, для лікувальних закладів медіація дає можливість:

- швидко вирішити конфлікт без втручання вищестоящих інстанцій, правоохоронних органів та суду;
- зберегти позитивні відносини з пацієнтом та його довіру;
- виявити системні помилки у своїй роботі та розробити дієві механізми щодо їх усунення та попередження в подальшій роботі;
- зберегти репутацію як окремого медичного працівника, так і установи в цілому.

Медичні установи можуть залучати медіаторів як після виникнення конфліктів, так і до конфлікту шляхом включення медіативного застереження до договору про надання медичних послуг.

Якщо сторони бажають самостійно застосувати процедуру медіації, то їм потрібно в письмовій формі підписати медіативну угоду, яка має статус цивільно-правового договору.

У світовій практиці медіація є найбільш розповсюдженим альтернативним засобом врегулювання конфліктів (порівняно із судовим), який призводить до позитивного вирішення проблеми, у тому числі, у галузі охорони здоров'я.

У США та країнах Західної Європи ця форма врегулювання конфліктів є досить розповсюдженою, але при цьому, що таке «медіація» фахівці розуміють по-різному. Незважаючи на те, що в США існує велика кількість альтернативних форм вирішення спорів, подібних медіації, таких як «арбітраж», «міні-судовий процес», «експертна оцінка», «омбудсмен» і т. п., у США під класичною процедурою медіації розуміють саме процедуру, коли сторони вибирають нейтрального професійного посередника, який допомагає їм знайти рішення проблеми, що задовольняє сторони та засноване не на «позиціях» сторін, а винятково на їхніх «інтересах».

Проведений аналіз судово-медичних висновків у Європі показує, що майже у половині випадків незадоволеності пацієнта якістю надання медичної допомоги відсутні достатні підстави для юридичної відповідальності медичного закладу, а сам конфлікт обумовлений формальними деонтологічними порушеннями.

Аналізуючи досвід зарубіжних країн можна відмітити, що найбільш дієвим способом запобігання розвитку конфліктів у сфері охорони здоров'я та попередження судових спорів є захист прав пацієнта на ранній стадії виникнення такого конфлікту.

Неможна не погодитись, що інтеграція медіативних принципів в роботу закладів охорони здоров'я при врегулюванні конфліктів з пацієнтами, створює основу для формування мирного, уважного та неформалізованого підходу до потреб пацієнта, до розгляду скарг і вирішення спорів.

Україна сьогодні вкрай потребує створення такого дієвого механізму, за допомогою якого можливо вирішити не тільки вже існуючий конфлікт, але й попередити переростання скарг і розбіжностей у конфлікт. Така форма захисту прав пацієнтів, як медіація, створить сприятливі умови для встановлення взаєморозуміння між пацієнтом і лікувальним закладом, підвищить довіру пацієнта до системи охорони здоров'я і одночасно сприятиме підвищенню авторитету медичних установ.

Запровадження процедури медіації в Україні не тільки суттєво розвантажить судову систему, а й додасть сторонам «медичного конфлікту» можливість обрати ще одну ефективну форму захисту своїх порушених прав.

Одержано 12.04.2017

УДК 347.441.84

Наталія Миколаївна Навальнєва,

аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ

ОДНОСТОРОННЯ РЕСТИТУЦІЯ ЯК САНКЦІЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Цивільне право як система правових норм регулює майнові та особисті немайнові відносини, що побудовані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників у визначенні своїх прав та обов'язків. Разом з тим, цивільне право у своїх нормах містить засоби впливу на поведінку учасників цивільних правовідносин, одним з яких є застосування до правопорушника певних санкцій. Санкції у цивільному праві мають різний зміст і тлумачення. Чинний на сьогодні Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (далі – ЦК України) передбачає можливість застосування односторонньої реституції, проте в правозастосовній діяльності виникають й проблемні питання застосування односторонньої реституції при визнанні правочину недійсним. Визначення сутності односторонньої реституції як санкції у цивільному праві є метою цього дослідження.

Варто зазначити, що досить часто поняття санкції пов'язують із цивільно-правовою відповідальністю. Так, В. П. Грибанов визначав цивільно-правову відповідальність як форму державного примусу, пов'язаного із застосуванням санкцій майнового характеру, що спрямовані на відновлення порушених прав та стимулювання нормальних економічних відносин юридично рівноправних учасників цивільного обороту [1, с. 215].

На думку О. Е. Лейста, в юридичному обов'язку виражена вимога необхідної поведінки, а санкція є способом державного примусу до виконання (дотримання) цієї вимоги, загроза примусом на випадок її порушення [2, с. 23].

О. О. Красавчиков під санкцією розумів установлену законом міру майнових або інших правових невідгідних для особи наслідків, які застосовуються в разі недодержання

закону, невиконання прийнятих зобов'язань, заподіяння шкоди або за наявності інших передбачених законом підстав [3, с. 367].

Відповідно до ч. 1 ст. 216 ЦК України недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. У разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування

Наслідки визнання правочинів недійсними полягають перш за все у тому, що виконані правочини вважаються позбавленими позитивного юридичного значення та не створюють для сторін тих прав та обов'язків, на встановлення яких вони були спрямовані. Якщо недійсний правочин сторонами виконаний, то загальним наслідком визнання його недійсним буде також повернення сторін в попередній стан – двостороння реституція, тобто настання обов'язку для сторін повернути один одному все виконане за недійсним правочином [4, с. 229].

Слово «реституція» походить від латинського «*restituere*», що у перекладі означає «відновлювати, відшкодувати, впорядковувати». Варто зазначити, що одностороння реституція історично походить з кондикції на користь держави, як це мало місце в ЦК УРСР від 16 грудня 1922 р. Зокрема, ст. 149 ЦК УРСР від 16 грудня 1922 р. передбачала, що у випадку визнання договору недійсним, як укладеного під впливом обману, насильства, погрозу або внаслідок зловмисної угоди представника однієї сторони з противною стороною (ст. 32), а також як направлено до використання крайньої нужди (ст. 33), потерпіла сторона має право вимагати від контрагента повернення всього виконаного за договором. Друга сторона такого права не має. Безпідставне збагачення потерпілої сторони стягається на прибуток держави (ст. 402).

Згідно зі ст. 49 Цивільного кодексу УРСР від 18 липня 1963 р., якщо угода укладена з метою, завідомо суперечною інтересам соціалістичної держави і суспільства, то при наявності умислу у обох сторін – в разі виконання угоди обома сторонами – в доход держави стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання угоди однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею і все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності ж умислу лише у однієї з сторін все одержане нею за угодою повинно бути повернуто другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується в доход держави.

Як зазначає З. В. Ромовська, під час опрацювання проекту Цивільного кодексу України дебатовалося питання збереження конфіскаційної санкції (вилучення одержаного у дохід держави) у статті, що визнавала нікчемним правочин, який порушує публічний порядок, на випадок умислу однієї чи обох сторін. Проти останнього категорично заперечувала народний депутат І. Богословська, врешті – ця позиція одержала перемогу [5, с. 388].

Отже, одностороння реституція існувала в Україні до набрання чинності Цивільним кодексом України, тобто до 1 січня 2004 р., в якому було передбачено застосування лише двосторонньої реституції, тобто взаємне повернення сторонами всього переданого за недійсним договором.

Разом з тим, в ч. 1 ст. 208 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. було закріплено наслідки визнання господарського зобов'язання недійсним (односторонню реституцію та конфіскацію в дохід держави). Зокрема, якщо господарське зобов'язання визнано недійсним як таке, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам

держави і суспільства, то за наявності наміру в обох сторін – у разі виконання зобов'язання обома сторонами – у доход держави за рішенням суду стягується все одержане ними за зобов'язанням, а у разі виконання зобов'язання однією стороною з другої сторони стягується в доход держави все одержане нею, а також все належне з неї першій стороні на відшкодування одержаного. У разі наявності наміру лише в однієї із сторін усе одержане нею повинно бути повернуто другій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного стягується за рішенням суду в доход держави.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України» від 2 грудня 2010 р. № 2756-VI були внесені зміни до ст. 228 ЦК України і в частині 3 цієї статті було закріплено односторонню реституцію. Так, ч. 3 ст. 228 ЦК України передбачено, що у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним. Якщо визнаний судом недійсний правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу у обох сторін – в разі виконання правочину обома сторонами – в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в дохід держави все одержане нею і все належне – з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності умислу лише у однієї із сторін все одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в дохід держави.

Таким чином, цивільне законодавство України знову містить положення про односторонню реституцію як санкцію в цивільному праві. Варто зазначити, що на недоцільність наявності у законодавстві такого правового наслідку недійсності правочину, як одностороння реституція, вказували, зокрема, О. А. Пушкін та В. М. Самойленко, на думку яких, якщо у діях сторін будуть наявні ознаки злочину чи адміністративного правопорушення, до них повинні застосовуватися відповідні санкції, але вже ті, що містяться в нормах публічного права [4, с. 231].

Вочевидь, що одностороння реституція як санкція в цивільному праві може застосовуватися у виключних випадках з метою захисту публічних інтересів, проте цивільне законодавство повинно передбачати чіткий механізм її застосування для уникнення зловживань та порушень прав учасників цивільних правовідносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стер. М.: Статут, 2001. 411 с.
2. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М.: Изд-во МГУ, 1981. 238 с.
3. Советское гражданское право: учебник. Т. 1/под ред. О. А. Красавчикова. М.: Высшая шк., 1985. 544 с.
4. Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины: в 2 ч. Ч. 1/А. А. Пушкін, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. А. А. Пушкіна, В. М. Самойленко. Харьков: Ун-т внутр. дел; Основа, 1996. 440 с.
5. Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс: підручник. Київ: Атіка, 2005. 560 с.

Одержано 15.04.2017

УДК 347.121.1

Олена Валеріївна Сідей,*аспірантка Харківського національного університету внутрішніх справ*

ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЗАХИСТУ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ЗДОРОВ'Я

Серед усіх прав людини, що закріплені Конституцією України та міжнародно-правовими актами, особисті немайнові права посідають найважливіше місце, а ефективна діяльність держави у цьому напрямку зумовлює рівень життя та цивілізованості нашої країни. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнається найвищою соціальною цінністю. Незважаючи на те, що підгалузь особистих немайнових прав не є новою для цивілістичної науки, нажаль на сьогодні саме «здоров'я», як благо та як особисте немайнове право залишається найменш дослідженим у правовій науці. Цивільне законодавство не містить ані визначення поняття «здоров'я», не закріпленим залишається і «право на здоров'я фізичної особи». Разом з тим, Цивільний кодекс України визначає ряд прав, що пов'язані із здоров'ям, зокрема, право на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю, право на охорону здоров'я, право на медичну допомогу, право на інформацію про стан здоров'я, право на таємницю про стан здоров'я. Така позиція законодавства звужує обсяг та зміст існуючих можливостей фізичної особи щодо власного здоров'я, оскільки вони носять лише охоронний характер.

Дослідженню особистих немайнових прав людини загалом, та права на здоров'я зокрема, цивільно-правовому регулюванню, здійсненню та захисту присвячені праці таких вчених, як: С. Б. Булеца, О. Р. Дашковська, О. С. Іоффе, Н. О. Коротка, Ю. А. Крук, Л. В. Красицька, М. М. Малєйна, Н. С. Малєїн, Л. В. Малюга, О. О. Пунда, З. В. Ромовська, Н. Сажієнко, О. В. Синєгубов, І. Я. Сенюта, В. Скоромоха, С. О. Сліпченко, Р. О. Стефанчук, М. О. Стефанчук, Б. Тобес, Н. О. Тюхтій, С. І. Чернооченко.

Статтею 201 Цивільного кодексу України здоров'я визнано одним із особистих немайнових благ, що охороняється цивільним законодавством. Проте цивільне законодавство не містить визначення поняття «здоров'я», перш за все як блага, що призводить до певних труднощів регулювання цього особистого немайнового блага людини.

Статутом Всесвітньої організації охорони здоров'я визначено, що здоров'я є станом повного фізичного, душевного та соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб та фізичних дефектів [1]. Це поняття відображено також у ч. 2 ст. 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я та в деяких інших нормативно-правових актах [2].

Саме в такому розумінні це поняття переважно розглядається у науковій юридичній літературі. Так, деякими вченими поняття здоров'я розглядається через категорію «благополуччя», як якісну характеристику максимально доброго стану, поділяючись на фізичне здоров'я (стан, який забезпечує статико-динамічний речовинно-енергетичний гомеостаз організму), психічне здоров'я (внутрішньо-системний і системно-середовищний гомеостаз мозку) та соціальне здоров'я (інформаційний та системно-середовищний гомеостаз поведінки).

Проте дане поняття є непридатним для використання в сфері права, оскільки носить ідеалістичний характер. Тобто, дане визначення можна співвіднести з визначенням «ідеальне здоров'я», що може бути головною метою до якої повинна прагнути фізична особа.

Слово «благополуччя» є філософською категорією. Благополуччя й відчуття благополуччя досить значущі для будь-якої людини, посідають центральне місце в самосвідомості та всьому суб'єктивному (внутрішньому) світі особистості. Існують об'єктивні показники благополуччя, кожній людині відомі хоча б деякі з них. Уявлення про власне благополуччя або благополуччя інших людей, його оцінка спираються на об'єктивні критерії благополуччя, успішності, показники здоров'я, матеріального достатку тощо. Останні впливають на відчуття благополуччя. Інакше кажучи, благополуччя особистості за самою своєю природою є насамперед суб'єктивним. Тобто кожна людина визначає самостійно (суб'єктивно) стан свого благополуччя. Наприклад, якщо людина не задоволена своїм матеріальним забезпеченням або своїм соціальним статусом це свідчить про відсутність «благополуччя», а відповідно і відсутність такого блага як «здоров'я» (якщо ґрунтуватись на понятті «здоров'я» наведеному у статуті ВООЗ). Такий висновок призводить до певних труднощів у цивільно-правовому регулюванні права на здоров'я, забезпеченні належного захисту та охороні даного права.

Таким чином поняття здоров'я, слід визначати як особисте немайнове благо, слід тлумачити як фізичний психічний та психологічний стан організму фізичної особи, який визначається якісними та кількісними медичними показниками. Визначення поняття здоров'я, дає можливість розглядати його як спеціальний об'єкт суспільних відносин та як певну соціальну цінність, яка має конкретну юридичну природу. Крім того, завдяки цьому встановлюється, що здоров'я має цивільно-правову приналежність та є об'єктом цивільних прав.

Визначивши поняття здоров'я, слід відзначити відсутність правової норми яка б закріплювала саме «право на здоров'я», як особисте немайнове право фізичної особи. Необхідність такого закріплення обґрунтовується наступними твердженнями.

С. С. Алексєєв висуває дві умови, які є необхідними для того, щоб суспільні відносини були врегульовані правом. По-перше, такі відносини повинні мати вольовий характер, а по-друге, можуть бути опосередковані за допомогою специфічних юридичних засобів [3, с. 212].

Беззаперечним є те, що особисті немайнові права фізичних осіб у сфері права на здоров'я відповідають обом умовам. Право – це інструмент регулювання, який діє через волю і свідомість людей. Поведінка людини завжди містить дві складові: суб'єктивну, пов'язану з тією чи іншою мірою усвідомлення власних дій (бездіяльності), та об'єктивну, тобто фактичне виконання дії або утримання від такої.

Разом з тим, на думку вчених, з якою ми погоджуємося, термін «право на здоров'я» є найкращим з точки зору відповідності міжнародним документам та угодам та найбільш часто використовується на міжнародному рівні, та найголовніше він допомагає усвідомити, що мова йде не тільки про охорону здоров'я, але й про право на низку умов без яких неможливим є здоров'я [4, с. 20].

Проте, окремі науковці взагалі не вважають за необхідне виділяють з-поміж інших особистих немайнових прав таке право, оскільки воно має конституційно-правову природу [5, с. 4]. Інші цілком погоджуються з вже існуючою в межах права на охорону здоров'я цивільно-правовою регламентацією та вважають її достатньою [6, с. 10–11].

Слід відмітити, що галузева належність тих чи інших прав повинна визначатись з огляду на те, яка галузь права створює для відповідного правового явища загальні засади для його реалізації та подальшого розвитку. Так, особисті немайнові права фізичних осіб у сфері охорони здоров'я мають цивілістичну природу, оскільки вони відповідають загальним засадам цивільного права та саме за допомогою норм цивільного права можлива їх реалізація, охоронна та захист.

Право на здоров'я опосередковує один із видів відносин, які входять до предмету цивільно-правового регулювання. Підтримуючи думку Чернооченко С.І., вважаємо, що відносини, які виникають з приводу здоров'я, відносяться до переліку особистих немайнових, непов'язаних з майновими. Здоров'я особи – це завжди особисте нематеріальне благо, яке складає основу життєдіяльності людини. Воно є невідчужим від особи і в силу цього не може мати майнового характеру. При цьому право на здоров'я не може бути обумовлено майновими інтересами його носія. У юридичній літературі зазначалося, що право на здоров'я – це немайнове право, пов'язане з майновим. На підтримку цього висновку наводилися докази про те, що під час перебування у лікарнях надання медичної допомоги супроводжується наданням послуг майнового характеру (харчування, мешкання, тощо) [7, с. 62].

З такою думкою погодитися не можна, оскільки звернення за медичною допомогою не змінює немайнового характеру блага – здоров'я. Здорова людина не звертається за допомогою до медичних закладів, їй не потрібно вступати у майнові відносини з лікувальними закладами. Звісно, й право на здоров'я у своєму не порушваному стані не передбачає виникнення схожого майнового зв'язку. Протягом життя людина вступає у різноманітні майнові відносини для купівлі продуктів харчування, взуття, інших предметів першої необхідності. Усі ці майнові зв'язки необхідні не стільки для підтримання здоров'я, скільки для самої можливості існування людини як такої. І тим паче подібні матеріальні умови існування людини не перетворюють саме здоров'я у матеріальне благо.

Право на здоров'я слід визначати, як особисте немайнове право фізичної особи щодо обладнання та використання, як особистого немайнового блага, що виражається у системі різного роду правомочностей спрямованих на охорону, підтримку, захист, відновлення та розпорядження власним організмом упродовж всього життя.

З огляду на викладене пропонується доповнити Книгу другу Главу 21 Цивільного кодексу України статтею 281-1 та викласти її в такій редакції: фізична особа має невід'ємне право на здоров'я що виражається у системі різного роду правомочностей спрямованих на охорону, підтримку, захист, відновлення та розпорядження власним організмом упродовж всього життя. Фізична особа має право на здійснення, охорону та захист свого здоров'я будь-якими засобами та способами, що не заборонені законом.

Слід зауважити, що відсутність категорії «право на здоров'я» у ЦК України спричинює певні ускладнення цивільно-правового регулювання здоров'я, як блага, та як об'єкту нематеріального права. Разом з тим, це звужує обсяг і зміст існуючих можливостей фізичної особи щодо власного здоров'я, здебільшого переводячи їх у характер прав, що носять охоронний характер. З огляду на це, чинне законодавство повинно гарантувати фізичній особі не тільки право на охорону її здоров'я, а й забезпечувати реальні правові можливості максимально широкі за кількісними та якісними показниками дій (поведінки), що спрямована на задоволення різноманітних інтересів у сфері власного здоров'я. Отже, чинне законодавство України повинно закріплювати не низку прав у сфері охорони здоров'я фізичної особи, а в першу чергу право на здоров'я, включаючи його активний та пасивний зміст

Список бібліографічних посилань:

1. Статут (Конституція) Всесвітньої організації охорони здоров'я: від 22.07.1946. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_599.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я: закон України від 19.11.1992 № 2801-XII // Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. Ст. 19.
3. Тяхтій Н. О. Дослідження особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері охорони здоров'я на загальнотеоретичному, правовому і галузевому рівнях. *Університетські наукові записки Хмельницького університету управління та права*. 2013. Вип. 3 (47). С. 210–216.

4. Тобес Б. Право на здоров'я: теория и практика. М.: Устойчивый мир, 2001. С. 20.
5. Скомороха В. Право людини на охорону здоров'я, медичну допомогу, медичне страхування та конституційне правосуддя. *Право України*. 2002. № 6. С. 3–9.
6. Малюга Л. В. Особисті немайнові права фізичних осіб в цивільному праві: теоретичні основи та проблеми правового забезпечення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2004. С. 10–11.
7. Чорноооченко С. І. Право на здоров'я (цивільно-правовий аспект). *Вісник Запорізького юридичного інституту*. 1998. № 3 (5). С. 61–76.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.1

Анатолій Святославович Сліпченко,

*аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*

ПОНЯТТЯ «ЦИВІЛЬНИЙ ОБОРОТ»

Відомо, що визначення поняття є важливою частиною логічної операції, що розкриває зміст певного правового явища. У ньому проявляються суттєві ознаки, завдяки яким тільки й можливо розкрити сутність визначеного, відрізнити його від інших близьких за змістом визначень, з'ясувати, що взагалі собою являє певна юридична конструкція.

Рухаючись від загального до спеціального, можна стверджувати, що і процес пізнання цивільного обороту як правового явища також має відбуватися через відображення поняття та у формі поняття. І таке поняття в теорії права використовується досить широко [1] та є одним із найбільш загальних. Разом з тим, до теперішнього часу його розуміння й тлумачення у цивілістиці досить різні, а інколи і протилежні [2, с. 435]. Звісно, що така різноманітність ускладнює застосування поняття цивільного обороту в юриспруденції.

На основі аналізу існуючих точок зору та приписів чинного законодавства України пропонується під цивільним оборотом розуміти правомірне відчуження або перехід об'єктів цивільного права від однієї особи до іншої. Саме у такому визначенні містяться всі необхідні та достатні елементи цивільного обороту як правової категорії.

1. Відчуження та перехід вказують на динаміку об'єктів цивільного права, а правомірність – на її юридичне оформлення (на динаміку суб'єктивних прав).

2. Рух (перехід) прав (обов'язків) лише оформлює динаміку об'єктів. Він є необхідним елементом цивільного обороту, але недостатнім для його повного розуміння [3, с. 94]. Без динаміки об'єктів мета цивільного обороту не може бути досягнутою. Ілюстрацією наведеної думки є приклад, коли власник, який за межами позовної давності не може застосувати виндикацію, передає своє право власності третій особі. Очевидно, що в даному випадку матиме місце перехід права (права власності як титулу). Але такий перехід без можливості отримати сам об'єкт втрачає для набувача глудз. Тому рух об'єктів є необхідним елементом (ознакою) визначення цивільного обороту. Адже саме об'єкти цивільних прав здатні задовольняти потреби учасників цивільних правовідносин. Для отримання правомірного доступу до них, на наш погляд, такі блага і залучаються до цивільного обороту.

Більш того, і вітчизняний законодавець розглядає як об'єкти цивільного обороту не права, а об'єкти цивільних прав. Це прямо витікає зі змісту ст. 178 ЦК України. До речі, такий підхід характерний не тільки для законодавства України. У ст. 129 ЦК Республіки Білорусь, ст. 116 ЦК Республіки Казахстан, ст. 129 ЦК Російської Федерації, ст. 7 ЦК Грузії, ст. 286 ЦК Республіки Молдова також передбачено як об'єкти цивільного обороту об'єкти цивільних прав.

3. Без правового оформлення (руху прав) фактичний оборот об'єктів також не здатен відобразити сутність цивільного обороту. На підтвердження висловленої думки можна зазначити, що в результаті крадіжки має місце перехід речі. Але до особи, яка таким чином заволоділа чужим благом, право на нього не переходить. І така динаміка об'єкта (без динаміки права) не може охоплюватися поняттям цивільного обороту. Як додаткові приклади можна навести оборот наркотиків, бойової вогнепальної зброї, який також не є цивільним, якщо відбувається за межами правового поля.

4. Зважаючи ж на те, що кожен з елементів (динаміка об'єктів та динаміка прав) самостійно не містить у собі таких властивостей, які вони утворюють у взаємодії, можна стверджувати, що цивільний оборот – це система, що поєднує в одне ціле такі необхідні та достатні елементи, як динаміка об'єктів цивільного права та динаміка суб'єктивних прав на них.

Отже, динаміка об'єкта є необхідною ознакою цивільного обороту, як і динаміка права на нього. Це як дві сторони однієї медалі. На нашу думку, без динамічних процесів блага правове оформлення обороту не тільки втрачає сенс, а стає неможливим тому, що оформляти нічого. У свою чергу, оформлення обороту об'єктів без фактичного обороту останніх повинно розглядатися як фіктивне.

5. Відчуження та перехід є альтернативними способами цивільного обороту. Про це свідчить використаний між ними, у ст. 178 ЦК України, сполучник «або». правонаступництво, спадкування або інший юридичний порядок, відповідно до наведеної статті Кодексу, є формою цивільного обороту. Вона потрібна для забезпечення правомірності динаміки об'єктів.

6. Абсолютні правовідносини не входять до даного поняття. Вони можуть розглядатися лише як передумова та/або результат цивільного обороту, причому не завжди обов'язковий. Так, наприклад, передача майна в оренду передбачає перехід до орендаря об'єкта оренди та перехід прав на нього. Тобто має місце цивільний оборот речі. Але в результаті такого обороту абсолютні правовідносини не виникають. На наш погляд, як передумови можуть розглядатися і зобов'язальні правовідносини. Їх виникнення ще не свідчить про те, що має місце цивільний оборот. Останній може відбутися, в межах уже існуючого зобов'язання, при належному здійсненні прав та виконанні обов'язків його учасниками. Але цивільний оборот може здійснюватися і за межами зобов'язальних правовідносин. Наприклад, у порядку спадкування, реорганізації юридичних осіб тощо.

7. Не є тотожними і такі поняття, як цивільний оборот та юридичний факт (сукупність юридичних фактів). Адже не завжди та не всі обставини реальної дійсності породжують динаміку благ і прав на них. Необхідно визнати, що лише такі обставини реальної дійсності, як відчуження або перехід об'єкта цивільного права, з якими закон пов'язує динаміку прав на такий об'єкт, вказують на наявність цивільного обороту.

Отже, розкриваючи у ст. 178 ЦК України поняття цивільного обороту через відчуження або перехід об'єктів цивільного права від однієї особи до іншої у порядку правонаступництва, спадкування чи іншим чином, законодавець, по суті, вказує на правомірне (динаміка прав) відчуження або перехід об'єктів цивільного права від однієї особи до іншої (динаміка об'єктів).

Визначення цивільного обороту як певної системи елементів вказує на необхідність проведення подальших наукових досліджень їх змісту та взаємозв'язку. У свою чергу, виникає потреба визначення відмінних ознак таких видів динаміки об'єктів, як відчуження та перехід об'єктів, установлення юридичних форм таких процесів. Це створить можливість перевірити ефективність норм права, які покликані регулювати цивільний оборот, визначити шляхи їх вдосконалення.

Список бібліографічних посилань:

1. Рожкова М. А. Применение в коммерческом обороте мировой сделки. URL: <http://www.yurclub.ru/ibf/lofiversion/index.php/t75074.html>.
2. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): монографія. Харків: Право, 2006. 544 с.
3. Слипченко С. А. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица: монография. Харьков: ФОРМІЧУРИНА Н. А., 2011. 336 с.

Одержано 20.04.2017

УДК 347.135

Микита Юрійович Таратухін,

*молодший юрист Адвокатського об'єднання «Арцінгер»,
аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ*

УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ В ЕЛЕКТРОННІЙ ФОРМІ

Актуальність дослідження проблемних питань укладення договору страхування в електронній формі обумовлена тим, що сьогодні відбувається стрімкий розвиток цифрової економіки, тому важливе значення набуває належне та всеохоплююче правове регулювання відносин у сфері електронної комерції взагалі та в частині укладення договору страхування зокрема.

Розвиток відносин електронної комерції, запровадження новітніх технологій у сфері укладення договорів засвідчують про відставання правового регулювання відносин електронної комерції. У той же час у практичній площині укладення договору страхування в електронній формі виникає багато проблемних питань, обумовлених відсутністю усталеної договірної та судової практики у цьому напрямку.

Окремі аспекти форми правочинів, електронної комерції та укладення й виконання електронних правочинів вже досліджували такі правники, як Н. В. Аляб'єва, О. А. Беляневич, Н. Є. Блажівська, О. В. Кохановська, М. В. Селіванов, О. Р. Шишка та ін. Метою цього дослідження є визначення особливостей укладення договору страхування в електронній формі як підстави виникнення цивільних правовідносин, а також розробка пропозицій з удосконалення цивільного законодавства України у цій сфері.

Згідно з ч. 1 ст. 5 Закону України від 22 травня 2003р. № 851-IV «Про електронні документи та електронний документообіг» електронний документ – це документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Частина 1, 2 ст. 6 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» передбачають, що для ідентифікації автора електронного документа може

використовуватися електронний підпис. Накладанням електронного підпису завершується створення електронного документа.

Стаття 1 Закону України від 22 травня 2003р. № 852-IV «Про електронний цифровий підпис» визначає термін «електронний підпис» як дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних. Відповідно до ст. 12 Закону України від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII «Про електронну комерцію», якщо відповідно до акта цивільного законодавства або за домовленістю сторін електронний правочин має бути підписаний сторонами, моментом його підписання є використання: електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину; електронного підпису одноразовим ідентифікатором, визначеним Законом України «Про електронну комерцію»; аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів.

Необхідно відзначити, що Закон України «Про електронну комерцію» застосовується до правочинів у галузі страхування, вчинених в електронній формі, тільки в тій частині, в якій він не суперечить спеціальному законодавству в галузі страхування, зокрема Закону України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР «Про страхування».

Відповідно до ч. 1 ст. 18 Закону України «Про страхування» для укладання договору страхування страхувальник подає страховику письмову заяву за формою, встановленою страховиком, або іншим чином заявляє про свій намір укласти договір страхування. При укладанні договору страхування страховик має право запросити у страхувальника баланс або довідку про фінансовий стан, підтверджені аудитором (аудиторською фірмою), та інші документи, необхідні для оцінки страховиком страхового ризику.

При цьому факт укладання договору страхування може посвідчуватися страховим свідоцтвом (полісом, сертифікатом), що є формою договору страхування. Договір страхування набирає чинності з моменту внесення першого страхового платежу, якщо інше не передбачено договором страхування (частини 3, 4 ст. 18 Закону України «Про страхування»).

Таким чином, в Законі України «Про страхування» не йдеться про укладення договору (подання страховику письмової заяви) в електронній формі, вказується лише на необхідність укладення договору в письмовій формі. Крім того, Закон України «Про страхування» серед іншого передбачає деякі особливості укладання договорів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів.

Отже, страховику надані різні можливості для укладення договору страхування в електронній формі, враховуючи вимоги ст. 12 Закону України «Про електронну комерцію», які визначають, що якщо відповідно до акта цивільного законодавства або за домовленістю сторін електронний правочин має бути підписаний сторонами, моментом його підписання є використання: електронного цифрового підпису – в цьому випадку електронний цифровий підпис повинен бути використаний усіма сторонами електронного правочину; електронного підпису одноразовим ідентифікатором; аналогом власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів. При цьому варто зазначити, що при укладанні договору страхування в електронній формі для страховика важлива беззастережна можливість ідентифікувати страхувальника. Вочевидь, ці відносини ретельно не врегульовані чинним законодавством України.

Відповідно до розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 29 серпня 2011 р. № 558 «Про затвердження Зразка типового поліса обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» поліс обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів складається з двох аркушів – оригіналу та копії, які виготовлені на самокопіювальному папері формату 210 мм x 295 мм. Перший аркуш – бірюзового кольору, другий – білого кольору, щільність паперу 54–58 г/м². Поліс захищений необхідними засобами захисту, визначеними Моторним (транспортним) страховим бюро України, якщо інше не передбачено законодавством.

Із зазначеного вище можна зробити висновок: оскільки при укладанні електронного договору дотримати вищевказані вимоги не є можливим, укладення договорів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів в електронній формі не є можливим. Варто зазначити, що типовий договір про добровільне страхування цивільної відповідальності власників наземного транспорту не затверджений, але деякі українські страховики вже надають послуги отримання електронних страхових полісів добровільного страхування цивільно-правової відповідальності. У цьому сенсі слід звернути увагу, що проект Закону № 3551 від 27 листопада 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» вводить поняття страхового поліса в формі електронного документа, регламентує процедуру укладення Договору обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземного транспорту в електронній формі. На даний момент законопроект знаходиться на стадії розгляду у Верховній Раді України.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що укладення договору страхування в електронній формі має певні обмеження, зокрема укладання договорів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів в електронній формі у сучасних умовах є неможливим. Водночас у практичній діяльності отримання електронних страхових полісів добровільного страхування цивільно-правової відповідальності вже відбувається. Отже, такі суспільні відносини у сфері укладення договору страхування в електронній формі потребують більш ретельного правового регулювання.

Одержано 18.04.2017

УДК 347.45/.47

Наталія Леонідівна Цопіна,

*здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПРН України*

ПРО КОНСЕНСУАЛЬНІСТЬ ДОГОВОРУ ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ)

Наука цивільного права покликана забезпечувати юридичну практику новими договірними конструкціями або проводити аналіз уже існуючих правових явищ. Зміни, які відбуваються за останні роки в соціальному, економічному житті України призводять не лише до істотного оновлення вітчизняного законодавства, а й до появи нових видів договірних відносин.

Відносини з приводу передачі майна на умовах одержання довічного утримання (догляду) сьогодні набувають стрімкого розвитку. Однак, за умови відсутності єдиного розуміння зобов'язань з приводу надання довічного утримання (догляду) у нинішньому законодавстві, на практиці виникають правові питання, відповіді на які є неоднозначними. Саме тому, висвітлення проблемних аспектів зобов'язальних відносин, які виникають із договору довічного утримання (догляду) представляє науковий і практичний інтерес для вітчизняної цивілістичної науки.

Проблематиці договірних відносин довічного утримання (догляду) присвячували свою увагу О. В. Великорода, О. В. Дзера, Р. А. Майданик, І. В. Несторова, О. О. Підпригора та інші вчені-цивілісти.

Договір довічного утримання (догляду) відіграє важливу роль у житті суспільства. Адже з одного боку, завдяки цій конструкції, вдається матеріально забезпечити існування відчужувача, а, з іншого боку, надати можливість набувачу отримати у власність нерухоме майно чи цінне рухоме майно.

Зважаючи на те, що правова природа будь-якого договору визначається його метою, звернемо увагу на мету договору довічного утримання (догляду). Так, відповідно до ст. 744 ЦК України за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно. Відтак з наведеного можна зрозуміти, що встановлення утримання (догляду) відчужувачу взамін переданого ним у власність набувачеві майна є метою досліджуваних правовідносин. Тобто кожна із сторін переслідує власну мету, що не перешкоджає їм досягати консенсусу в укладенні договору з довготривалим виконанням обов'язків, на відміну від договору купівлі-продажу, в якому момент виконання або збігається, або між ними може мати місце незначний проміжок часу. Однак, як і будь-який інший цивільно-правовий договір, договір довічного утримання (догляду) має свої особливості. Зокрема, слід мати на увазі, що майно переходить у власність набувача, проте розпоряджатися таким майном набувач за життя відчужувача не зможе, оскільки при посвідченні договору довічного утримання (догляду) накладається заборона відчуження майна в установленому порядку, про що робиться напис на всіх примірниках договору (стаття 73 Закону України «Про нотаріат»). В свою чергу, зобов'язання з довічного утримання мають особистісний характер, оскільки встановлюються щодо конкретно визначеної фізичної особи. Частиною 4 ст. 744 ЦК України встановлено, що договір довічного утримання (догляду) може бути укладений відчужувачем на користь третьої особи (утриманця), якій набувач повинен надати довічне утримання та догляд. Окрім цього, слід мати на увазі, що договірні відносини, які виникають на підставі укладення цього договору мають довготривалий характер та вимагають від набувача постійного і систематичного виконання своїх обов'язків.

Серед інших спірних моментів у досліджуваному договорі слід зазначити, що питання про його реальну чи консенсуальну природу досі залишається не визначеним. На сьогодні думки вчених розділилися. Зокрема, більшість науковців наполягають на реальній природі, адже момент укладення цього договору пов'язується з передачею майна, при цьому відчужувач обов'язково має бути власником цього майна, яке виступає об'єктом договору [1, с. 125]. Однак, деякі автори наполягають на його консенсуальності. Так, свого часу на консенсуальність цього договору звертали увагу О. С. Іоффе [2, с. 300] та М. В. Скаржинський [3, с. 15].

У науковій літературі до набрання чинності ЦК України 2003 року договір довічного утримання (догляду) характеризувався виключно як реальний договір: момент укладення договору довічного утримання був пов'язаний із переданням майна: саме в цей момент до набувача переходить право власності на майно; передання майна не є обов'язком відчужувача і може здійснюватися на стадії укладення договору [4, с. 486; 5, с. 343; 6, с. 444; 7, с. 157]. На сьогодні існують думки, що договір довічного утримання (догляду) може бути як реальний, так і консенсуальний. Так, на думку Р. А. Майданика, договір довічного утримання (догляду) слід вважати реальним договором у разі відчуження рухомого майна, а консенсуальним – у разі відчуження нерухомого майна [8, с. 348]. А. Б. Гриняк погоджуючись із позицією предстваників концепції консенсуального характеру договору довічного утримання (догляду) зазначає, що цей договір може бути й реальним [9, с. 14]. В свою чергу, О. М. Великорода вказує на те, що більш аргументованою є точка зору вчених, які вважають договір довічного утримання реальним. На думку автора, договір довічного утримання (догляду) є реальним, одностороннім, оплатним та алеаторним [10, с. 13, 20]. На нашу думку, слушною є позиція І. О. Дзери, що на практиці виявлення ознак консенсуальності чи реальності договору довічного утримання необхідно здійснювати на підставі його конкретного змісту [11, с. 327].

На наш погляд, проблему реальності чи консенсуальності договору довічного утримання можна вирішити лише на основі аналізу відповідних норм ЦК України. Так, згідно ч. 2 ст. 640 ЦК України, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідно також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. Іншими словами, саме за таких обставин договір має вважатися реальним. Саме тому, якщо ще раз оцінити конструкцію ст. 744 ЦК, особливо в частині словосполучення «за договором довічного утримання (нагляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність...», то не можна віднайти в ній імперативний припис, який би дозволяв нам стверджувати, що такий договір має вважатися укладеним лише з моменту фактичної передачі майна у власність набувача. Оскільки ж договір довічного утримання потребує обов'язкового нотаріального посвідчення, то має діяти правило ч. 4 ст. 334 ЦК України про виникнення права власності на нерухоме майно з моменту його державної реєстрації, а щодо рухомого майна – правило ч. 3 ст. 334 ЦК України про виникнення права власності в момент нотаріального посвідчення договору. Тобто в обох випадках перехід права власності здійснюється незалежно від волі сторін, що може дати підстави вважати договір довічного утримання (догляду) консенсуальним. Однак, на нашу думку, щоб усунути можливість неоднакового тлумачення, необхідно внести відповідні зміни до ст. 717 ЦК України, в якій прямо закріпити або реальний або консенсуальний характер договору.

Список бібліографічних посилань:

1. Яворська О. С. Договір довічного утримання: проблеми теорії та практики застосування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2009. № 3. С. 124–136.
2. Иоффе О. С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. 880 с.
3. Скаржинський М. В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 20 с.
4. Гражданский кодекс Украинской ССР: науч.-практ. коммент./под ред. О. М. Якименко. Киев: Политиздат Украины, 1981. 639 с.
5. Советское гражданское право/под ред. В. Ф. Маслова и О. А. Пушкина. Киев: Вища шк., 1983. 462 с.

6. Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: учеб. пособие. Киев: А. С. К., 2002. 827 с.

7. Цивільне право України: підручник: у 2 кн./за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. 2-ге вид., допов. і перероб. Київ: Юрінком Інтер, 2003. Кн. 1. 736 с.

8. Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посіб./відп. ред. Р. А. Майданик. Київ: Юстініан, 2007. 912 с.

9. Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. 20 с.

10. Великорода О. М. Договір довічного утримання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2006. 24 с.

11. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т./за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2005. Т. 2. 1008 с.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.1

Наталія Ігорівна Демедчук,

студентка військово-юридичного факультету

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

САМОЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Як всім відомо, виникнення цивільних правовідносин ґрунтується на рівності учасників цих відносин, свободи договору, недопустимості втручання сторонніх у приватні справи, забезпечення відновлення порушених прав, захист їх у судовому порядку. Але, чи так воно є на практиці?

Нажаль, у сучасному житті правопорушення – це явище, що зустрічається доволі часто. І торкатися воно може безпосередньо цивільних правовідносин. Виходячи з цього можна сказати, що проблема самозахисту цивільних прав є доволі актуальною на сьогоднішній день. В умовах сучасного політико-правового розвитку держави актуальним є право на захист передбачене, перш за все, ст. 55 Конституції, адже нормальний цивільний оборот передбачає забезпечення функціонування ефективного механізму захисту [1]. Стаття 19 Цивільного Кодексу визначає, що особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань [2]. Сучасні правові тенденції пов'язують дієвість механізму захисту з його оперативністю. Особлива увага приділяється дослідженню питання самозахисту цивільних прав, як неюрисдикційної форми захисту, яка полягає в певних діях учасників цивільних правовідносин, без звернення до компетентних органів.

Інститут самозахисту є відносно новим для українського законодавства, тому багато науковців присвятило час дослідженню цього питання. Проаналізувавши наукову літературу можна сказати, що є певні питання, щодо яких не існує єдиної думки. Це питання, які стосуються суб'єктів, об'єктів, заходів самозахисту, підстав виникнення, меж здійснення.

Така неоднозначність виникає тому, що класифікуючи форми захисту дослідники покладають в основу абсолютно різні критерії.

А. П. Сергєєв визначає, що захист цивільних прав – комплекс злагоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав, які охороняються законом. Він відокрем-

лює дві форми: юрисдикційну і неюрисдикційну. Якщо з юрисдикційною все зрозуміло, то неюрисдикційна характеризується конкретно самостійною діяльністю особи або організації. Тобто, на його думку самозахист цивільних прав не є способом, а є формою [3].

Г. А. Сverdlik і Е. Л. Страунинг, в свою чергу, зазначають, що феномен самозахисту не можна зводити тільки до форми захисту. На їх думку, самозахист – це не тільки форма, але і спосіб. З тією різницею, що в ЦК України є перелік способів захисту, але переліку способів самозахисту в законі немає. Ця прогалина потребує усунення. Тому зразковий їх перелік необхідно привести окремо в статті ЦК про самозахист відповідним чином змінивши редакцію вказаної норми [4].

Доволі поширеною є класифікація на превентивні, та оперативні форми. Превентивна форма – це така форма захисту, за якої протиправний вплив попереджається. Оперативна ж – це безпосередні дії під час посягання на певне право [5].

Проте, на мою думку, важливішим було б розглянути межі самозахисту. Де ж закінчується самозахист, та починається самоуправа і самосуд? З. В. Ромовська говорить, що самоуправство – це прояв особистого свавілля, коли особа діє на власний розсуд, всупереч порядку вирішення певного питання, що встановлений законом або договором. Захист особою свого права за допомогою самоуправства не можна вважати самозахистом [6, с. 529]. Самосуд – протиправне застосування до особи, яка вчинила правопорушення, засобів фізичного покарання, самочинної розправи. Особа, яка вчинила самосуд над порушником своїх прав чи прав членів своєї сім'ї, сама є правопорушником. Самосуд також не є способом самозахисту [6, с. 530]. На відміну від самоуправства та самосуду, дії визначені статтею 19 ЦК є правомірними [2].

Оскільки самозахист власних цивільних прав є правомірною дією, спричинення самозахистом шкоди відповідно до ст. 1169 ЦК виключає відповідальність за нанесену нею шкоду. [2] Певним недоліком чинного законодавства є те, що, самозахист отримав певну перевагу відносно можливості відшкодування заподіяної шкоди, тобто, створені всі умови визнання самостійних дій, направлених на припинення неправомірної поведінки, зловживанням правом.

Отже, можна сказати, що дуже важливо чітко визначати межу, за якою замість захисту свого права, відбувається перевищення меж необхідної оборони, що призводить до утиску прав іншої особи. Право на самозахист – це можливість учасників цивільних правовідносин при порушенні цивільного права чи інтересу застосувати певну протидію, що не заборонена законом і не суперечить моральним засадам суспільства та спрямована на попередження або припинення цього. Право на самозахист блага є природним правом людини. Це є певна новела в українському законодавстві. Потребують певного перегляду та покращення норми, що стосуються загальних положень про право на самозахист, норми, спрямовані на визначення конкретних меж самозахисту. Аналіз робіт науковців щодо цього питання свідчить про те, що на сучасному етапі діюче законодавство потребує змін як з практичної, так і з теоретичної точки зору.

Список бібліографічних посилань:

1. Конституція України: від 28 черв. 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
3. Гражданское право: учебник. Ч. 1. Изд. 2-е, перераб. и доп./под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М.: Теис, 1996. С. 268–270.
4. Сverdlyk G. A., Strauninng E. L. Защита и самозащита гражданских прав: учебное пособие. М.: Лекс-книга, 2002. С. 179.

5. Левіцький Є. В. Самозахист цивільних прав // Актуальні проблеми цивільного права та цивільного процесу: тези доп. Всеукр. наук.-практ. конф., Донецьк, 26 жовт. 2007 р. Донецьк, 2007. С. 84.

6. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс: підручник. Київ: Атіка, 2005. 560 с.

Одержано 14.04.2017

УДК 347.1

Валерія Анатоліївна Дідик,

студентка військово-юридичного факультету

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ

Авторське право – це сукупність прав, які належать автору у зв'язку зі створенням і використанням твору літератури, науки або мистецтва. Перш за все, авторське право встановлює сприятливі правові умови для творчої діяльності, чим в свою чергу забезпечує доступність результатів цієї діяльності всьому суспільству. Воно визначає і забезпечує широкий захист особистих немайнових і майнових прав авторів. Ці права мають виключний характер. Виняткова природа авторських прав пов'язана з їх походженням, тому що створення твору нерозривно пов'язано з самою людиною, її інтелектом. Крім того тільки автор або його правонаступник може вирішувати питання здійснення авторських прав, особливо права розпорядження твором. Тільки автор має особливі права, пов'язані з використанням твору, усі інші особи зобов'язані утримуватися від користування твором без згоди правовласника.

Авторські права розбиваються на ряд правомочностей майнового і особистого немайнового характеру. Першими за їх виникненням (але не по значимості) йдуть немайнові: право авторства, право на ім'я, право на оприлюднення, право на захист репутації автора (право недоторканності твору).

Права авторства – це перш за все право творця на визнання бути автором його твору (це може бути картина, пісня, музика, вірші і т. д.). Право авторства саме по собі породжується самим створенням твору і не залежить від того було воно оприлюднено чи ні. Інакше кажучи, право авторства народжується створенням твору та належить виключно авторові твору і нікому іншому. Між автором і його твором існує нерозривний зв'язок. Цей зв'язок полягає у тому, що немайнове авторське право не може бути передане іншій особі (неможливість відчужування). Привласнення ж іншою особою авторства твору називається плагіатом і розцінюється як лжеавторство, яке згідно законодавства України захищається ст. 432 Цивільним кодексом та ст. 52 Законом України «Про авторське право і суміжні права» [1]. Однак спадкоємці автора теж вправі здійснювати захист зазначеної правомочності. У разі присвоєння авторства померлого автора третьою особою вони можуть порушити позов про його визнання або відновлення особистих немайнових прав автора. Крім того, спадкоємці можуть бути залучені до розгляду будь-якого спору, що стосується авторства померлої особи. Термін захисту цих прав має безстроковий характер.

Також, як і право на авторство, право на авторське ім'я охороняється безстроково. Спадкоємці не вправі обирати новий спосіб позначення імені автора твору. Так, якщо за життя автора він був опублікований під псевдонімом чи анонімно, вони не мають права

вимагати зміни останнього за їхньою вказівкою у разі подальшого використання твору, тобто все залишиться без змін.

Право на оприлюднення, як майнове право, на відміну від інших особистих прав, здатне переходити до спадкоємців (або правонаступникам) автора. Певну складність представляють випадки, коли щодо оприлюднення твору є спеціальна заборона автора, але якщо такого немає, то користуються загальним правилом. Нинішній закон не містить будь-яких обмежень прав спадкоємців щодо оприлюднення творів померлих авторів і, отже, дане питання вирішується виключно на їх розсуд. Необхідно лише враховувати, що іноді для оприлюднення творів, як самим автором, так і його спадкоємцями, потрібна згода інших осіб, інтереси яких зачіпаються при опублікуванні.

Право на захист репутації автора, як і право авторства, і право на ім'я, не переходять у спадщину, проте на спадкоємців покладається захист зазначених прав. Звідси випливає, що правомочність належить автору за своїм обсягом і змістом, тобто автор може вносити в створене будь-які, навіть корінні зміни. Щодо спадкоємців, то належна їм правомочність носить охоронний характер. Тобто до спадкоємців переходять права на захист від порушення зі сторони третіх осіб і право протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора. Спадкоємці, між тим, нерідко виходять за рамки чисто охоронних функцій, дозволяючи вносити зміни у твір [2, п. 10]. Така практика, не суперечить змісту закону, якщо тільки при цьому не відбувається суттєва зміна творчого задуму творця самого твору. Особи, що охороняють недоторканність твору, можуть, зокрема, доповнити твір передмовами, коментарями, а також внесенням редакційної правки, уточнень чи інших даних, пов'язаних з розвитком науки і техніки. Однак при всьому цьому головним їхнім завданням залишається «збереження сутності та оригінальності» роботи автора. Нині чинний закон також підкреслює, що зазначені правомочності спадкоємців терміном не обмежуються.

Серед прав, про захист яких турбуються автори оригінальних творів і організації – замовники, на першому місці стоять права майнові. За своєю природою майнове авторське право має економічну сутність. Економічна сутність даного виду права полягає насамперед у отриманні доходу від використання твору третіми особами. Дотримання економічної сутності досягається за допомогою законодавчого закріплення норм права. На законодавчому рівні майнове авторське право – це перш за все заборона на зазіхання незаконного використання твору, тобто надання законного права автору забороняти третім особам використовувати твір без його дозволу. Авторське право, що має економічний зміст, може належати автору або тій особі (при спадкуванні – спадкоємцю), якій були передано право.

Проблема спадкування авторського права має значний теоретичний та практичний інтерес, і перш за все, це пов'язано з відсутністю чіткої регламентації порядку спадкування цих прав у ЦК України, а також наявністю розбіжностей між положеннями ЦК України і Законом України «Про авторське право і суміжні права». Суть даної проблеми полягає в тому, що законодавець відносить спадкування авторських прав до варіанту прийняття спадщини за загальними правилами, не беручи до уваги при цьому особливості існування особистих немайнових прав автора, як було описано вище, прав спільної власності одного з подружжя та прав співавторів.

Відповідно до зазначених вимог дійсності, враховуючи теоретичні розробки щодо охорони особистих немайнових прав автора та його правонаступників необхідно узгодити ці напрацювання з фактичним застосуванням діючого законодавства в сфері авторського права.

Список бібліографічних посилань:

1. Про авторське право і суміжні права: закон України від 23.12.1993 № 3792-XII // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 19.04.2017).
2. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: постанова Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 № 5 // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10> (дата звернення: 19.04.2017).

Одержано 14.04.2017

УДК 347.1

А. Ю. Зайцева,

студентка військово-юридичного факультету

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**ПРОБЛЕМИ БАНКРУТСТВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ
І В ПОДАЛЬШОМУ ЯК СПОСІБ ПОРОЗУМІННЯ
МІЖ БАНКАМИ ТА НЕПЛАТОСПРОМОЖНИМИ
ПОЗИЧАЛЬНИКАМИ**

Банкрутством вважається визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів не інакше, як через застосування ліквідаційної процедури.

Щоб розібрати цю тему, треба розглянути два важливих питання:

- 1) які ж саме проблеми банкрутства фізичних осіб на даному етапі розвитку правової науки?
- 2) які способи порозуміння, в перспективі, мають місце на існування між банками та неплатоспроможними позичальниками!?

Згідно з чинним законодавством України, зокрема Цивільним та Господарським кодексами України, впливає лише можливість застосування процедури банкрутства лише до фізичних осіб, які здійснюють підприємницьку діяльність, а саме до фізичної особи – підприємця. Це і є основна і єдина проблема банкрутства фізичної особи. Недосконалість законодавства щодо банкрутства фізичних осіб створює певні ризики для кредиторів. Чи не єдина можливість для банку повернути борг від позичальника – це виконавче провадження. Згідно з цією процедурою, державні виконавці стягують майно збанкрутілого позичальника на вимогу кредитора, який першим звернувся до суду. Інших легальних шляхів повернути своє у банків немає.

На сьогодні питання банкрутства фізичних осіб регулюється нормами закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Однак цей закон містить правила визнання банкрутом фізичної особи за боргами, які виникли у неї у зв'язку зі здійсненням підприємницької діяльності. Він передбачав можливість банкрутства фізичних осіб – не підприємців, які зможуть вийти з кредитного тягара, завдяки новому механізму. Звичайно ж, такий Закон не влаштовує основних кредиторів – це банки, які втрачають мільйони доларів, через процедури банкрутства.

В результаті комітет Верховної Ради з питань правової політики на засіданні 3 квітня 2013 року відправив цей документ на істотне доопрацювання.

Поки у боржників залишається єдина законна схема «ухилитись» від кредиту – за-реєструвати ФОП (фізична особа-підприємець), почати займатися бізнесом, і в подальшому збанкрутуватися, згідно Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом».

На практиці, ще до введення законопроекту про який мова йшла вище, був саме такий випадок, тоді він був названий «Харківський прецедент». В його основі лежало те, що з людини (пенсіонерки) списали борг в 300 тис. грн. Це підтвердило рішення Харківського господарського суду. Пенсіонерка стала першою в Україні фізичною особою – банкрутом.

На мою думку і на думку багатьох юристів України, які розглядали вирішення даного питання, варто запровадити в Україні правовий інститут банкрутства фізичної особи (не плутати з банкрутством фізичної особи-підприємця, яке здійснюється відповідно до статей 47–49 закону «Про відновлення платоспроможності боржника, або визнання його банкрутом»).

Можемо звернутись до іноземного досвіду. Так, наприклад на відміну від України, у багатьох країнах світу існує можливість визнати банкрутом фізичну особу, незалежно від того, є вона підприємцем чи ні. Така практика досить розвинена у Німеччині, США, Японії та Китаї. Інститут банкрутства в західних країнах, за словами Олександра Ткачука, можна поділити на два напрямки: прокредиторський (Англія) і проборжниковий (США, Німеччина). «В Україні інститут банкрутства носить скоріше прокредиторський характер. Наприклад, в США законодавство про банкрутство дозволяє боржникам повністю очиститись від боргів через процедуру банкрутства, але за умов, що ти не здійснював жодних дій, спрямованих на приховування майна, і щодо тебе в останні шість років не застосовувалася процедура звільнення» [1]. Доцільно було б надати суду повноважень своєю ухвалою розстрочувати або відстрочувати виконання боржником своїх зобов'язань без погодження кредитора.

Проте, враховуючи досвід інших країн, інститут банкрутства фізичних осіб необхідно запроваджувати не тільки шляхом внесення окремих змін у закони, а насамперед через певну розробку фундаментальної законодавчої бази зі врахуванням особливостей національної кредитної системи.

Як бачимо, варіантів запровадження в Україні інституту банкрутства фізичних осіб досить багато. Перспектива для України є досить далекою але очікуваною.

Одержано 14.04.2017

Список бібліографічних посилань

1. Банкрутство фізосіб: проблеми і перспективи // Банкрутство & ліквідація в Україні: сайт. 4 берез. 2015 р. URL: <http://bankruptcy-ua.com/articles/170> (дата звернення: 12.04.2017).

УДК 347.1

А. А. Кірик,

*студент Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ДОКТРИНА ЗАНЯТТЯ КОРПОРАТИВНОЇ ВУАЛІ В ПРАВІ ШТАТУ КАЛІФОРНІЯ

Українське цивільне право та його інститути, прагнучи привести свої правові механізми до реалій сьогодення, нерідко вдаються до запозичення найкращих зразків нормативного

регулювання іноземного права. Прикладом цього може слугувати особливості відповідальності засновників та учасників юридичних осіб. За загальним розумінням обмежена відповідальність засновників та учасників юридичної особи, як елемент її правосуб'єктності, є однією з фундаментальних принципів корпоративного права. До прикладу вітчизняний законодавець закріпив даний принцип в ч. 3 ст. 96 Цивільного кодексу України, де зазначив, що учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, встановлених установчими документами та законом.

Вперше подібне розуміння віднайшло своє закріплення в англійському праві, у своєму рішенні по справі *Solomon v A. Solomon & Co Ltd* [1897] (далі – *Solomon* [1897]), Палата Лордів зазначила, що акціонери як учасники компанії не несуть відповідальності іншим чином та в іншому розмірі ніж це передбачено законом. Подібна позиція була обумовлена в силу необхідності зниження для некваліфікованих інвесторів ризику пов'язаного з їх участю в уставному капіталі компанії з метою фінансування декількох проектів.

Подальший розвиток доктрини обмеженої відповідальності учасників юридичної особи знайшло своє відображення у законодавстві багатьох країн. Але найбільшого розвитку вона зазнала у американському праві, але перш ніж безпосередньо казати про нормативне регулювання слід зазначити, що таке регулювання діяльності юридичних осіб повністю розкрито саме на рівні права штатів. У свою чергу, для розкриття всіх особливостей такого регулювання доречним буде зупинитися на законодавстві штату Каліфорнії. ВВП цього штату нині складає 2,448 трильйона доларів і він є найбільш економічно розвинутим регіоном США, поряд з тим, якби Каліфорнія була незалежною державою, то це була б 12 найбільша економіка світу.

Законодавець штату Каліфорнія повністю відобразив у законодавстві принцип обмеженої відповідальності юридичної особи, хоча і розділив її на два аспекти. Перший з них закріплений в розділі 17701.04. Корпоративного кодексу штату Каліфорнія (*Corporations Code of California*) (далі – Кодекс) де вказує, що товариство з обмеженою відповідальністю (*limited liability company*) є юридичною особою, що відрізняється від своїх членів. Другий аспект згадується у розділі 2011 Кодексу, де зазначено, що повна відповідальність акціонера в рамках цього розділу не може перевищувати загальну суму активів корпорації розподіленої акціонеру при її утворенні або подальшому існуванні.

Законодавче закріплення принципу обмеженої відповідальності дозволило активно залучити до ділового обороту не тільки професіоналів але й «недосвідчених» аукціонерів, що вкрай позитивно позначилося на економічному благополуччі суспільства. Але у цього принципу є значний недолік, який був відзначений ще Апеляційним судом Англії та Уельсу при розгляді справи *Solomon* [1897] і розкривається він у словах судді по справі, лорда Ліндлі: «На мою думку, вони можуть дібратися до нього через компанію. І таке буде доречним, оскільки схема м-ра. Саломона – засіб обману кредиторів». І дійсно такого стибу «первородний гріх», як можливість проведення шахрайських дій прикриваючись обмеженою відповідальністю, довгий час залишався не вирішеним. Згодом для подолання такого недоліку законодавець, на пару із загальним правом, сформував доктрину зняття корпоративної вуалі. Суть її зводиться до можливості переведення обов'язків, а інколи і прав юридичної особи на її засновників (учасників).

Вперше, в праві США вона була найбільш чітко сформована в рішенні Федеральною окружного суду східного округу штату Вісконсин у справі *United State v. Milwaukee Transit C*» у 1905 році, суд зазначив, що корпорація за загальним правилом буде розумі-

тися як юридична особа до того часу, поки не буде обґрунтовано доведене протилежне; разом з тим, коли поняття юридичної особи використовується для порушення публічних інтересів, виправдання правопорушення, приховування шахрайства, захисту злочину, закон буде розцінювати корпорацію як асоціацію осіб.

Такий, досить радикальний підхід, значно відрізняється від первинного принципу права Англії та Уельсу, що дозволило американському праву найбільш глибоко напрацювати правовий механізм такої доктрини.

Сьогодні існує дві різні моделі застосування доктрини – «тест Пауелла» та принципи загального права штатів. Але перш ніж розкривати кожну з моделей слід зазначити, що доктрина зняття корпоративної вуалі найбільш повно себе розкриває через дві додаткові доктрини (елементи): доктрина *«alter ego»* та *«instrumentality»*. Доктрина *alter ego* полягає в доведенні юридичної тотожності між юридичною особою та її засновниками / учасниками, у свою чергу, доктрина *instrumentality* характеризується використанням компанії її контролюючими особами як засіб для досягнення своїх цілей на шкоду інтересам самої компанії. Поряд з тим при застосуванні обох елементів суди застосовують стандартний тест з визначенням наявності контролю чи відокремленості (*control/separateness*), протиправність діянь (*wrongful conduct*) та причино-наслідковий зв'язок між ними.

Тест Пауелла був сформований в 1931 році Фредеріком Дж. Пауеллом (Frederick J. Powell) в його дослідженні «Материнська та дочірня корпорації», що було проведено на основі судової практики штату Нью-Йорк, тому застосування його в інших штатах здійснюється з урахуванням загального права.

Належне судове оформлення «тест Пауелла» знайшов в середині XX століття, до прикладу можна навести рішення у справі *Lowendahl v. Baltimore & Ohio R.R.* [1978], де суд посилаючись на вказані дослідження вказав, що необхідно довести наявність трьох елементів: (1) корпорація повинна бути позбавлена самостійності та економічної повноправності (фактор контролю); (2) повинна мати місце неправомірна ціль та протиправне діяння основного товариства (фактор протиправного діяння); (3) повинні міститись ознаки того, що дії контролюючої корпорації стали причиною нанесення позивачеві шкоди.

Доречно буде згадати, в цьому контексті, рішення у справі *G.E.J. Corporation v. Uranium Aire Inc.* [1963], де суд дійшов висновку, що як правило, корпорація, яка володіє іншою корпорацією чи контролює таку, не відповідає за зобов'язаннями останньої, але якщо дочірня компанія є *alter ego* материнської компанії, факт відокремленого статусу юридичної особи не приймається до уваги. Судом також було сформовано додатковий критерій, який полягає у тому, що дочірня та материнська корпорації пов'язані не тільки впливом але й спільністю інтересів та майна, втрачена таким чином відокремленість не може бути збережена для уникнення недобросовісності та зловживань.

Застосування доктрини *«instrumentality»* на основі тесту Пауелла пов'язане з необхідністю дотримання умов вказаних у рішенні Апеляційного суду штату Кентуккі у справі *Big Four Mills Limited v. Commercial Credit Company* [1948], де суд вказує, що було б доцільно ігнорувати різницю між юридичними особами у тих випадках, коли її збереження сприяє прихованню шахрайства чи протиправних діянь, чи суперечить основам публічного правопорядку у штаті. Поряд з тим суд додатково вказує, що одна корпорація володіє усім чи значною частиною статутного капіталу, саме по собі не створює ідентичності корпоративних інтересів.

Поряд з федеральною моделлю доктрини слід неодмінно згадати про загальне право штату. Не дивлячись на те, що каліфорнійський законодавець чітко вказує на

принцип обмеженої відповідальності, він і словом не обмовився про доктрину зняття корпоративної вуалі, віддавши це питання на відкуп судів.

Загальне право штату Каліфорнія з подачі місцевих судів майже не оперує доктриною *instrumentality* відаючи перевагу *alter ego*, хоча не дивлячись на формальні відмінності на практиці їх дуже складно розділити.

Класичне застосування доктрини *alter ego* за каліфорнійським правом можливе за наступних умов: єдність майна та інтересів має такий характер, що дві афільовані корпорації втрачають свою самостійність, а дочірнє товариство стає «другим я»; визнання їх окремими особами буде потурати вчиненню обману або призводити до настання іншого несправедливого результату.

Загальне право допускає відступ від трьохланкового тесту Пауелла, оскільки його застосування потребує від суду ретельного аналізу фактичних обставин, що в свою чергу приводить до затягування розгляду та порушення розумних строків.

Поряд з тим загальне право паралельно застосовує однофакторний тест (*single-factor doctrine*), відповідно до якого слід встановити лише один з наступних фактів, за умови, що він носить «кричущий» характер:

- 1) порушення принципу розділення, що включає: (1) поєднання активів компанії та особистих активів відповідача; (2) активи компанії використовувалися відповідачем в особистих цілях; (3) угоди між компанією та відповідачем не мали характер угод, які могли бути укладені між двома незалежними особами в подібних умовах; (4) внутрішня документація і звітність або не велась зовсім або велась халатно; (5) акціонер давав прямі вказівки директору в обхід принципу розподілу компетенції між загальними зборами акціонерів та радою директорів; (6) схожий склад органів управління у материнській та дочірній компанії; (7) компанія створена для укладання однієї угоди;

- 2) використання корпорації для вчинення обману чи інших протиправних дій.

Також деякі вчені виділяють окремою категорією у вигляді недостатньої капіталізації компанії та її істотне недофінансування з боку акціонерів, хоча судова практика з цього питання досить суперечлива.

Підводячи підсумок можна зазначити, що близько 27 % всіх позовів про застосування доктрини зняття корпоративної вуалі в США припадає власне на штат Каліфорнія. Законодавством штату було належним чином відображено принцип обмеженої відповідальності засновників (учасників) юридичних осіб, однак, поряд з тим, як федеральне так і штатне законодавство поручається доктриною зняття корпоративної вуалі.

Якщо ж казати про перспективи українського права у цьому питанні, то не викликає сумнівів, що рано чи пізно вітчизняне цивільне право сприйме подібний інститут оскільки він набуває значного поширення навіть у країнах з пандектною системою, на кшталт Німеччини чи Нідерландів. Однак перш ніж запроваджувати найпередовіші нормативні механізми слід розібратися з вже наявним регулюванням корпоративних відносин та дати йому раду.

Одержано 21.04.2017

Юлія Андріївна Кобзарьова,

студентка факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРІВ ЗА ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА

Підставою застосування до акціонерів відповідальності за зобов'язаннями товариства повинна бути відповідальність за дії (бездіяльність) акціонерів, що призвели до неплатоспроможності (банкрутства) товариства. Відповідна норма міститься в ч. 3 ст. 3 Закону РФ «Про акціонерні товариства» [1]: якщо неплатоспроможність (банкрутство) товариства викликано діями (бездіяльністю) його акціонерів або інших осіб, які мають право давати обов'язкові для товариства вказівки або іншим чином мають можливість визначати його дії, то до вказаних акціонерів або інших осіб у разі недостатності майна товариства може застосовуватися субсидіарна відповідальність за його зобов'язаннями. При цьому в Законі вказується, що неплатоспроможність (банкрутство) товариства вважається викликаним діями (бездіяльністю) його акціонерів або інших осіб, які мають право давати обов'язкові для товариства вказівки або іншим чином мають можливість визначати його дії лише у випадку, якщо вони використовували вказане право та/або можливість з метою здійснення товариством дії, завідомо знаючи, що внаслідок цього настане неплатоспроможність (банкрутство) товариства.

Чинне законодавство, а саме ГК України [2], передбачає відповідальність виключно юридичних осіб, холдингових компаній, за зобов'язаннями корпоративного підприємства, якщо через дії або бездіяльність холдингової компанії корпоративне підприємство виявиться неплатоспроможним та визнається банкрутом (ч. 6 ст. 126 ГК України). При цьому поза увагою українського законодавця лишився край важливий аспект відповідальності фізичних осіб – акціонерів та інших юридичних осіб – акціонерів, якими може бути завдана не менша шкода товариству. Так, Б. В. Шуба відзначає про можливість застосування відповідальності не лише до юридичних осіб, а й до фізичних осіб – учасників господарських товариств, оскільки ризики для інтересів кредиторів, зумовлені відносинами контролю-підпорядкування мають місце незалежно від організаційно-правової форми учасника. Для цього вчений пропонує скасувати обмеження, передбачені ст. 126 ГК України та замінити поняття асоційованих підприємств на поняття фактичних відносин залежності [3, с. 14]. При цьому зазначена залежність, відповідно до ст. 126 ГК України, може бути простою (виникає у разі, якщо одне підприємство може блокувати прийняття іншим підприємством рішень, які повинні прийматися кваліфікованою більшістю голосів (ч. 2 ст. 126 ГК України)) та вирішальною (виникає у разі, якщо між підприємствами встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі в статутному фонді, зокрема, володіння контрольним пакетом акцій (ч. 3 ст. 126 ГК України)).

Про необхідність встановлення відповідальності особи, яка прийняла рішення, яким завдано збитків залежному товариству, зазначають Н. М. Пахомова [4, с. 18] та І. В. Спасибо-Фатеева [5, с. 26]. Їх позиція ґрунтується на тому, що відповідальність акціонера настає в тому разі, якщо він своєю неналежною поведінкою викликав неплатоспроможність акціонерного товариства. Це стосується власників значних пакетів акцій, участь

у загальних зборах яких призвела до прийняття рішень, виконання котрих завдало збитків товариству, або його було визнано неплатоспроможним, або в інших випадках, коли вони могли припускати, що їх голосування призведе до таких наслідків.

В. Д. Примак розглядає критерії допустимості й доцільності законодавчого закріплення субсидіарної відповідальності за зобов'язаннями юридичних осіб з боку їх учасників (засновників): допустимість установлення такого режиму відповідальності зумовлюється наданням учасникам (засновникам) юридичної особи одночасно і майнових, і організаційно-управлінських прав щодо неї, але без визначення при цьому співвідношення між обсягом цих прав (за принципом одна особа – один голос), а доцільність – встановленням певної залежності між конкретним обсягом майнових і організаційно-управлінських прав учасників (засновників) [6, с. 5–11]. Наявність в учасників юридичної особи водночас і майнових, і організаційно-управлінських прав щодо неї, а особливо наявність чинників кореляції обсягу цих прав зумовлює доцільність розгляду питання про запровадження їх додаткової відповідальності за зобов'язаннями відповідних юридичних осіб.

Судова практика з цього приводу закріплює наступні положення. Відповідно до Роз'яснень Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про банкрутство»» № 02-5/444 від 18.11.1997 [7], особи, які відповідно до законодавства або установчих документів суб'єкта банкрутства відповідають за його зобов'язаннями відносяться не до основних, а до інших учасників провадження у справах про банкрутство. Майнові активи осіб, що відповідають за зобов'язаннями банкрута, реалізуються лише у разі браку майна банкрута для задоволення усіх вимог кредиторів.

Отже, акціонери повинні нести відповідальність за зобов'язаннями акціонерного товариства у випадку, якщо їх дії (бездіяльність) стали підставою неплатоспроможності (банкрутства) останнього.

Список бібліографічних посилань:

1. Сыродоева О. Н. Акционерное право США и России (сравнительный анализ). М.: Спарк, 1996. 112 с.
2. Господарський кодекс України: закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144.
3. Шуба Б. В. Відповідальність учасників господарського товариства як засіб захисту інтересів його кредиторів (порівняльно-правовий аналіз німецького і українського права): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. 20 с.
4. Пахомова Н. Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект): монография. Екатеринбург, 2004. 113 с.
5. Спасибо-Фатеева І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2000. 34 с.
6. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. 22 с.
7. Про деякі питання практики застосування Закону України «Про банкрутство»: роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України від 18.11.1997 № 02-5/444 // База даних «Законодавство України/Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_444800-97 (дата звернення: 25.04.2017).

Одержано 25.04.2017

Д. С. Косінова,

*студентка інституту підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ХОЛДИНГОВИХ КОМПАНІЙ

Протягом останнього сторіччя все більше спостерігаються процеси злиття та поглинання, підвищення конкуренції на ринку, що призводить до створення холдингових компаній як засобу підвищення ефективності діяльності та забезпечення задоволення інтересів різних груп осіб. Враховуючи це, виникає нагальна потреба в удосконаленні вітчизняного законодавства, а також приведення його у відповідність з європейськими стандартами.

Згідно ч. 1 ст. 1 Закону України «Про холдингові компанії в Україні» така компанія володіє, користується та розпоряджається корпоративними пакетами акцій двох або більше корпоративних підприємств, що вказує на наявність відносин контролю-підпорядкування між ними. А тому є необхідність у з'ясуванні правового статусу залежних (дочірніх) компаній.

Виходячи з ознак юридичної особи, серед яких є здатність нести самостійну відповідальність за своїми зобов'язаннями, що слідує з ч. 1 ст. 96 ЦК України, тим не менш постає питання про можливість притягнення головної (материнської) компанії, яка є домінуючою у таких взаємовідносинах, до відповідальності по боргах залежної/дочірньої. З ЦК України не слідує позитивна відповідь на це питання, а в ч. 6 ст. 126 ГК України це передбачено, якщо остання виявиться неплатоспроможною або банкрутом через дії або бездіяльність холдингової компанії.

Слід зазначити, що практика українських судів з цього приводу є досить неоднозначною. В більшості випадків судді не задовольняють позови про притягнення головної (материнської) компанії до субсидіарної відповідальності на підставі ч. 6 ст. 126 ГК України та мотивують це тим, що відповідач не має ознак холдингової компанії, які зазначені у Законі України «Про холдингові компанії в Україні». Однак, мали місце й інші рішення суду, в яких вимоги позивача були задоволені, проте скасовані у вищих судових інстанціях [1; 2]. Тому можна стверджувати, що в Україні доктрина «підняття корпоративної завіси» не розвинена належним чином, що передусім пов'язано з обмеженою сферою дії ч. 6 ст. 126 ГК України, внаслідок чого відносини залежного впливу однієї компанії на іншу залишаються поза увагою.

Аналогічна норма про відповідальність контролюючої компанії міститься в ЦК РФ (ст. 105). Між тим законодавець цієї країни пішов далі, передбачивши, що головне товариство, яке має право давати дочірньому товариству обов'язкові для нього вказівки, відповідає солідарно з дочірнім товариством по правочинам, укладеним останнім на виконання таких правочинів (ст. 6 Закону РФ «Про акціонерні товариства»).

Дещо інший підхід спостерігається у європейських країнах: Комісія Європейського Союзу повинна довести, по-перше, здатність материнської компанії контролювати діяльність дочірньої та, по-друге, те, що холдингова компанія насправді здійснює такий контроль. Для того, щоб полегшити вирішення цього питання, Суд ЄС дозволив Комісії використовувати презумпцію того, що вирішальний вплив на дочірню компанію чиниться за будь-яких обставин, якщо дочірня компанія повністю знаходиться у власності материнської компанії [3]. Так, у справі Dyestuffs суд відмовив у задоволенні позовів та прийнятті формального підходу, а саме що для встановлення відповідальності дочірніх компаній

достатньо встановити факт того, що така компанія діяла самостійно, незалежно від головної компанії. За цим підходом, такий факт усуває солідарну відповідальність холдингу [4].

До вирішення питання щодо відповідальності учасників холдингових правовідносин США підходить іншим чином. Так, у своєму рішенні «США проти Bestfoods» 1998 року Верховний Суд зазначив, що існують лише два винятки з правила про неможливість притягнення головної компанії до відповідальності за діяльність дочірніх компаній лише на підставі її активної участі у них. По-перше, коли корпоративна завіса між материнською і дочірньою компаніями може бути піднята і виявлено, що ця схема відносин використовується з метою досягнення злочинних цілей, наприклад, шахрайства. По-друге, материнська компанія несе відповідальність як «оператор» діяльності холдингу. Вона здійснює вплив на дочірні компанії шляхом прийняття відповідних рішень, які мусять виконувати останні.

Таким чином, можна стверджувати, що зараз у світі не існує єдиної позиції щодо відповідальності учасників холдингу, в тому числі в судовій практиці. Це призводить до незахищеності суб'єктів холдингових правовідносин, невизначеності їх правового статусу та викликає необхідність в уніфікації норм у сфері регулювання таких відносин.

Список бібліографічних посилань:

1. Рішення Господарського суду Одеської області у справі № 6/12010-4093 від 18 листоп. 2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12455819>.

2. Рішення Господарського суду Одеської області у справі № 916/1771/14 від 28 лип. 2014 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40043706>.

3. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Anitrust Law. P. 19. URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_231_en.pdf.

4. Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities: Judgment of the Court, Case 48/69, 14 July 1972. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=9ea7d2dc30db9e269107e8734f52912cefd9c47215c7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNz0?text=&docid=87883&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1566>.

Одержано 21.04.2017

УДК 351:347

Ірина Володимирівна Кузнецова,

студентка факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ

АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНА РЕФОРМА В УКРАЇНІ – ОБМЕЖУЄ ЧИ РОЗШИРЮЄ ЦИВІЛЬНІ ПРАВА ГРОМАДЯН?

В Україні розпочато процес добровільного об'єднання територіальних громад та запровадження інституту старост. Цей процес супроводжується передачею повноважень органам місцевого самоврядування.

В ЗУ «Про місцеве самоврядування», ЦК України, ЗУ «Про нотаріат», на посадову особу органу місцевого самоврядування – старосту покладено певні посадові повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій.

Чи спроможні будуть обрані старости сіл здійснювати певні дії прирівняні до нотаріальних, та чи не будуть вони йти у розріз з іншим законодавчим актам України? Виникає питання щодо покладених обов'язків та функцій старости при об'єднанні територіальних громад. Розкриття даного питання на сьогодні є важливим.

Окремі аспекти цієї проблематики були предметом дослідження таких учених, як М. Коцупатрого, В. Нелепа, М. Савлука, Ю. Ганущак та інших.

Відповідно до Постанови КМУ «Про порядок посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених», ст. 1251 ЦКУ якщо у населеному пункті немає нотаріуса, заповіт, крім секретного, може бути посвідчений уповноваженою на це посадовою особою відповідного органу місцевого самоврядування, та пункту 3 статті 245 ЦКУ довіреність особи, яка проживає у населеному пункті, де немає нотаріусів, може бути посвідчена уповноваженою на це посадовою особою органу місцевого самоврядування, крім довіреностей на право розпорядження нерухомим майном, довіреностей на управління і розпорядження корпоративними правами та довіреностей на користування і розпорядження транспортними засобами.

Впровадження посади старости зумовлює посилену увагу до питань формування правового поля діяльності цих посадових осіб місцевого самоврядування.

Згідно статті 14-1 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» повноваження старости затверджуються в таких основних сферах:

- представлення та захист прав і законних інтересів жителів сіл, селищ в межах старостинського округу;
- сприяння у здійсненні повноважень органів місцевого самоврядування об'єднаної територіальної громади, їх посадових осіб, депутатів місцевої ради в межах старостинського округу;
- моніторинг стану виконання на території старостинського округу рішень органів місцевого самоврядування об'єднаної територіальної громади, розпоряджень їх посадових осіб;
- моніторинг за станом довкілля, станом об'єктів соціальної та комунальної інфраструктури, станом правопорядку, а також за станом дотримання прав і законних інтересів жителів сіл, селищ відповідного старостинського округу у сфері соціального захисту, культури, освіти, спорту, туризму, житлово-комунального господарства, реалізації їх права на працю, медичну допомогу;
- сприяння організації та діяльності органів самоорганізації населення, громадських організацій, використанню форм прямої демократії для вирішення питань місцевого значення.

Дана стаття закріплює лише загальні засади здійснення старостами їх повноважень.

В положенні про старосту для кандидатів на посаду старости не передбачено наявності якоїсь спеціальної освіти або проходження підготовки за напрямком державного чи муніципального управління, наявності практичного досвіду роботи на державній службі або на службі в органах місцевого самоврядування. Навіть вимог до кандидатів щодо належності до числа членів територіальної громади (наявність зареєстрованого місця проживання на території населеного пункту, віднесеного до одномандатного виборчого округу для проведення виборів старости) закон не висуває.

Наприклад, у статті 37 ЗУ «Про нотаріат» вказано які саме нотаріальні дії мають право вчиняти уповноважені особи органів місцевого самоврядування:

- 1) вживають заходів щодо охорони спадкового майна;
- 2) посвідчують заповіти (крім секретних);
- 3) видають дублікати посвідчених ними документів;

4) засвідчують достовірність копій (фотокопій) документів і виписок з них;

5) засвідчують справжність підпису на документах;

6) видають свідоцтва про право на спадщину;

7) видають свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя.

Проте необхідно звернути увагу, що:

1) дії, передбачені пунктами 6 і 7 ч. 1 цієї статті (видача свідоцтва про право на спадщину та видача свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя) вчиняють уповноважені посадові особи органів місцевого самоврядування, які:

– мають вищу юридичну освіту;

– досвід роботи у галузі права не менше трьох років;

– пройшли протягом року стажування у державній нотаріальній конторі або приватного нотаріуса;

– завершили навчання щодо роботи з єдиними та державними реєстрами, що функціонують в системі Міністерства юстиції України;– склали іспит із спадкового права у порядку, встановленому Міністерством юстиції України

2) посадові особи органів місцевого самоврядування не мають права на оформлення документів, призначених для використання за межами державного кордону».

Виникає питання, чи спроможні будуть обрані лідери сіл – старости виконувати покладені на них функціональні обов'язки передбачені ЗУ «Про місцеве самоврядування», Цивільним кодексом України, ЗУ «Про нотаріат» ЗУ «Про добровільне об'єднання громад» при тому, що в положенні про старосту для кандидатів на посаду старости не передбачено наявності якоїсь спеціальної освіти або проходження підготовки за напрямком державного чи муніципального управління, наявності практичного досвіду роботи на державній службі або на службі в органах місцевого самоврядування.

Законодавчі акти зазнають змін, а отже, є певні недоопрацювання, які, як наслідок, обмежують громадян в захисті свої цивільних прав та законних інтересів. На мою думку, необхідно вносити зміни до законодавчих актів, які регламентують повноваження посадових осіб органів місцевого самоврядування для чіткого розуміння повноважень посадової особи органів місцевого самоврядування – старости об'єднаної територіальної громади.

Одержано 21.04.2017

УДК 347.1

Назарій Андрійович Мачіха,

студент військово-юридичного факультету

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НАБУТТЯ ПРАВ ВЛАСНОСТІ

Проблематика даної теми пов'язана із постійним розвитком інституту набуття права власності. Питання виникають саме не до самої можливості набуття права власності, а до способів і підстав набуття цих прав, адже саме вони визначають в яких випадках це набуття буде законним.

Цивільне законодавство, а саме, глава 24 ЦК України містить великий перелік способів набуття особою права на речі. Способи ці за своєю природою являють собою різні юридичні факти, наявність яких, поряд із вказівкою на таку можливість у законі, зв'язується з виникненням в особи суб'єктивного права власності на конкретну річ.

Оскільки існує велика кількість і різноманітність підстав набуття права власності (події, договори, юридичні вчинки, цивільні стани, юридична сукупність, тощо) виникає проблема визначення їхнього співвідношення та взаємозв'язку, адже ЦК не містить чіткої їх систематизації.

У ЦК України існує повна невизначеність щодо моменту виникнення права власності. Одним із прикладів є виникнення права власності на безхазяйну річ, а саме, зв'язок із одночасним припиненням права власності на цю саму річ. Незважаючи на те, що фізична особа, яка добросовісно заволоділа майном та відкрито здійснює своє право на нього до настання інших умов правонабуття, права власності на нього не набуває.

Також є не вирішеними питання і щодо способів набуття права власності. Положення ст. 332 ЦК України про набуття права власності на перероблену річ стосуються й тих випадків, коли особи, які діють спільно (переробники), переробляють чужу річ (матеріал), вважаючи її своєю, або здійснюють переробку самостійно, не знаючи, хто є власником матеріалу. Однак, залишаються поза увагою випадки, коли частина речі виготовляється зі свого матеріалу, а частина – з чужого.

Ще одна проблема виявляється дослідивши ст. 331 ЦК України, таким чином можна зробити висновок, що в цій статті є суперечність абзаців частин, а саме, абз. 1 ч. 2 ст. 331 ЦК і абз. 3 ч. 2 ст. 331 ЦК. За таких умов перший абзац «Право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна)» не може використовуватись у зв'язку із створенням труднощів правозастосування. Отже, за загальним правилом право власності на новостворене нерухоме майно може виникати лише з моменту державної реєстрації.

В ЦК України виникає конкуренція норм і між ч. 4 ст. 334 й абз. 3 ч. 2 ст. 331 ЦК України. Згідно із частини четвертої статті 334 ЦК України право власності у набувача виникає з моменту реєстрації договору; відповідно ж до абзацу третього ч. 2 ст. 331 ЦК України – з моменту реєстрації права власності. Тому у випадку конкуренції норм застосовується норма спеціальна. Тому в даному випадку право власності на нерухоме майно має виникати саме з моменту державної реєстрації права власності [1].

Отже, аналіз чинного законодавства України свідчить про наявність значних, не завжди виправданих розбіжностей та прогалин у підходах до вирішення проблеми моменту виникнення права власності. Тому в новому ЦК України бажано було б сформулювати єдині критерії щодо виникнення права власності залежно від правових підстав придбання майна (створення нового об'єкта, придбання за цивільно-правовими договорами, придбання у порядку приватизації, одержання заробітної плати тощо).

Список біографічних посилань:

1. Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав: постановою Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 № 5 // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-14> (дата звернення: 05.05.2017).

Одержано 20.04.2017

Крістіна Артурівна Мінасян,*студентка Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

АКЦІОНЕРНІ ТОВАРИСТВА: ПЕРЕВАГИ ТА НЕДОЛІКИ

У наукових дослідженнях, присвячених проблемам корпоративного права, висловлюються протилежні точки зору щодо визначення природи правовідносин, які виникають при створенні господарських товариств, в тому числі й акціонерних. Відповідно до першої точки зору, відносини, які виникають при заснуванні юридичних осіб, в тому числі й акціонерних товариств, визнаються корпоративними відносинами. Відповідно до другої, наголошується на тому, що до моменту державної реєстрації не існує юридичної особи, відповідно не виникають корпоративні права, а тому недоречним є віднесення до корпоративних відносин, які виникають при створенні товариства.

Правовідносини, які виникають у зв'язку зі створенням акціонерного товариства відрізняються такими характерними ознаками. По-перше це мета, з якою учасники вступають у такі відносини, а саме створення акціонерного товариства. По-друге, особливості регулювання. Поряд з нормативно-правовими актами важливе значення у визначенні прав та обов'язків засновників, порядку вчинення дій по створенню товариства може відігравати договір про створення товариства. По-третє, суб'єктний склад таких відносин. В першу чергу відносини по створенню акціонерних товариств виникають безпосередньо між засновниками акціонерного товариства, які й виступають основними їх учасниками до припинення таких відносин у зв'язку із реєстрацією товариства або відмовою засновників від подальшого заснування товариства.

Акціонерні товариства мають низку переваг у порівнянні з іншими видами господарських товариств, що робить їх однією з привабливіших організаційно-правових форм. Перш за все, акціонерні товариства можуть мати необмежений термін існування, тоді як період дії підприємств, заснованих на індивідуальній власності або товариств з участю фізичних осіб, як правило, обмежений термінами життя їхніх засновників. Акціонерні товариства, завдяки випуску акцій, дістають більш широкі можливості в залученні додаткових коштів.

Для акціонерних товариств характері такі переваги:

- значні фінансові можливості: корпорація є найефективнішою формою організації підприємницької діяльності з огляду на реальну можливість залучення необхідних інвестицій, при цьому створюються умови об'єднання різних за розмірами капіталів великої кількості фізичних і юридичних осіб для нарощування виробничого потенціалу;
- обмежена відповідальність: кожний акціонер несе майнову відповідальність тільки в межах вартості своїх акцій. Крім того, кредитори можуть пред'явити претензії тільки корпорації як юридичній особі, а не кожному власнику окремо;
- можливість диверсифікації фінансового ризику для акціонера: він може бути власником акцій одночасно декількох корпорацій;
- можливість легкої зміни власника акцій шляхом їх продажу через фондову біржу або іншим способом в межах чинного законодавства, що не порушує цілісності корпорації;
- отримання сталого зростаючого прибутку завдяки постійному збільшенню обсягів виробництва;

– дуже тривалий період функціонування, що створює необмежені можливості для розвитку акціонерного товариства.

Проте, в процесі здійснення фінансово-господарської діяльності доцільно враховувати і певні недоліки, що притаманні акціонерній формі господарських товариств:

– великі первинні витрати грошових коштів і часу при реєстрації за рахунок витрат на юридичні послуги, підготовку реєстраційних документів, випуск акцій тощо;

– подвійне оподаткування: оподатковується спочатку прибуток, а потім дивіденди акціонерів;

– розбіжності між функціями власності і контролю, що провокує виникнення конфліктів між акціонерами корпорації і менеджерами і негативно впливає на гнучкість управління;

– труднощі ліквідації у зв'язку з існуванням принципу обмеженої відповідальності (найчастіше корпорація припиняє своє існування в результаті злиття або поглинання іншими суб'єктами підприємницької діяльності);

– потенційні можливості для зловживань посадових осіб.

Отже, підсумовуючи вищезазначене, можемо зробити наступні висновки: (1) позитивними рисами акціонерних товариств є: а) обмеження економічного ризику для окремих учасників б) обмеження можливостей вилучення капіталів (паїв, часток) з товариства; в) жорстке відокремлення власності акціонерного товариства і власності його учасників; г) зменшення залежності частки акціонерного товариства від частки його окремих учасників. (2) до негативних рис акціонерних товариств можна віднести: а) виникнення фіктивного капіталу, який часто функціонує відірвано від реального капіталу; б) зниження можливостей контролю за діяльністю акціонерних товариств з боку дрібних акціонерів; в) ускладнення системи управління акціонерним товариством у порівнянні з іншими формами підприємств.

Одержано 27.04.2017

УДК 347 6

Марія Костянтинівна Моторна,

студентка факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРИ УКЛАДЕННІ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ В УКРАЇНІ В ПОРІВНЯННІ З ЄВРОПЕЙСЬКИМИ КРАЇНАМИ

Враховуючи те, що Україна обрала Європейський шлях розвитку, становиться найбільш актуальним укладення шлюбного договору для регулювання майнових правовідносин подружжя. Досить часто суперечки саме виникають з майнових питань, а попереднє визначення режиму його використання у договорі робить неможливим виникнення будь-яких спорів.

У нас складання шлюбних договорів не настільки поширене, як у Європі. Багато сімей стикається з проблемою розподілу майна і в сім'ї одна особа найчастіше незадоволена результатом такого поділу, а інша залишається у вигаді, тобто подружжя не можуть прийти до компромісу та розділити майно так, щоб це було вигідно кожному, та усі залишилися

задоволеними. Такі дискусії трапляються зазвичай в сім'ях, де не вистачає знань у юридичній сфері. І підтвердженням цього є справи (справи № 666/5298/14-ц; 226/1288/14-ц)

З прийняттям нового Сімейного кодексу такий договір можуть укласти ще не одружені молоді люди, так і подружжя зі стажем. Завдяки цьому в Україні такого роду угоди набули більшого поширення. Шлюбний договір посвідчується нотаріусом, та зберігається в трьох примірниках: один залишається в нотаріальній конторі, два роздаються чоловіку та дружині. Набирає сили у органі державної реєстрації актів цивільного стану в день укладання шлюбу під звуки маршу Мендельсона (в разі його укладення до реєстрації шлюбу). Згідно ч. 2 ст. 92 Сімейного кодексу України, якщо договір укладають неповнолітні, необхідна згода їхніх батьків чи законних представників.

Що стосується Європейського досвіду, то врегулювання відносин подружжя за допомогою шлюбного договору знайшло свій досить конкретний прояв у різних правових системах. Шлюбний договір у зарубіжному законодавстві існує вже протягом багатьох століть. Всупереч прийнятій думці, що першість у запровадженні шлюбного договору належить сучасній Європі чи Америці, цей документ не такий молодий, як усі думають.

Слід зазначити, що важливим для правового регулювання шлюбного договору з іноземним елементом є колізійне регулювання цих відносин, метою якого є визначення права певної країни, яке буде застосовуватися до регулювання відповідних відносин.

Поява шлюбного договору в законодавстві Європейських країн була обумовлена характером буржуазного суспільства, різні верстви якого потребували вирішення своїх майнових проблем. У Франції та Англії – країнах, де існування шлюбного договору має давню історію, його поява викликана необхідністю збереження права користуватися дошлюбним майном за жінкою, яка вступає в шлюб, і її родичами. Так, для охорони майнових прав кровних родичів заміжньої жінки, збереження фамільного майна виявилось необхідним створення інституту окремої власності для дружини. З цією метою «суди справедливості» стали визнавати дійсними шлюбні договори, за якими частина майна дружини залишалася поза владою чоловіка. Всі правила, вироблені «судами справедливості», поширювалися лише на власність, яка не входить у звичайне майно сім'ї, що є іншою формою капіталу. Зараз шлюбний договір дуже популярний у країнах Західної Європи, в Америці та Канаді. Такою поширеністю він зобов'язаний боротьбі жінок за свої права і феміністичним рухам, рівноправності чоловіка і жінки у шлюбі.

Відповідно до доктрини французького права шлюб представляє собою укладений у встановленій законом формі цивільний договір, що об'єднує чоловіка та дружину для спільного життя та надання взаємної підтримки.

Шлюбний контракт у Франції є необов'язковим. У Франції, крім легального режиму спільності, існує ще декілька варіантів «типових» договірних режимів, розроблених з урахуванням ситуацій, які найчастіше зустрічаються, це:

- спільність – це приналежність майна обом з подружжя, інколи цей термін використовується у французькому законодавстві для позначення самого майна, що знаходиться в сумісній власності.

- спільне володіння сумісно нажитим майном – це правовий режим шлюбу, який укладається автоматично і його не потрібно спеціально посвідчувати у нотаріуса (тобто він є безоплатним, а тому має певну перевагу), цей режим, зазвичай, підходить більшості осіб, які вступають у шлюб в його основному, базовому варіанті.

Якщо контракту немає, подружжя підпорядковуються режиму спільно нажитого майна. У контракті обумовлюються тільки майнові відносини між подружжям. Не можна, наприклад, помістити туди уточнення про те, з ким залишаться діти у разі розлучення.

Питання про аліменти дітям і компенсаційному розмірі дружині або чоловіка після розлучення, так само, як і питання проживання в квартирі або будинку, де подружжя жили під час шлюбу, вирішуються в момент розлучення обома подружжям або судом. Після укладення шлюбу у подружжя виникають майнові права, регулюються законом. Однак, як в Україні, так і у Франції подружжя мають право обрати інший майновий режим шляхом укладення шлюбного договору.

Розглянемо проблеми укладання шлюбного договору в Україні так, як однією з проблем при підписанні шлюбних договорів є недосконалість форми цих документів. Їхні зразки, які пропонують у нотаріальних конторах, аж надто неконкретні. Якщо типова угода вас не влаштовує, доведеться шукати допомоги у кваліфікованого юриста.

Цілком вірогідно, що шлюбні договори у містах набули би більшої популярності, якби їх могли укладати пари, котрі мешкають разом, але не перебувають у зареєстрованому шлюбі. Це дало би можливість урегулювати відносини, які є сьогодні досить поширеними.

В Україні укладання шлюбних контрактів ще не стало таким популярним, яким воно є за кордоном. В інших країнах майже всі сім'ї свідомо йдуть на підписання контракту, який захистить їх інтереси в правовому порядку. У нашій країні, можна укласти шлюбний контракт не побоюючись того, що в майбутньому особисте майно перейде в інші руки. Це єдиний юридичний спосіб вирішення всіх майнових проблем.

На сьогодні правовими актами, що регулюють відносини у сфері укладення шлюбного договору, є ЦК України, СК України та Закон України «Про міжнародне приватне право», у якому шлюбний договір отримав колізійне правове забезпечення. Таким чином, відповідно до положень ст. 59 вказаного Закону, сторони шлюбного договору можуть обрати право, що застосовується до шлюбного договору, відповідно до ч. 1 ст. 61 Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, у ч. 1 ст. 61 вказаного Закону зазначено, що подружжя може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один з них має звичайне місце перебування, або, стосовно нерухомого майна, право держави, у якій це майно знаходиться.

Слід зазначити, що у жодному з нормативно-правових актів, що регулюють відносини щодо укладення шлюбного договору в Україні, не міститься визначення самого поняття шлюбного договору. У СК України містяться норми, що передбачають право на укладення шлюбного договору, закріплюють зміст та форму шлюбного договору, початок та строк його дії. Також СК України регулюються питання визначення у шлюбному договорі правового режиму майна, порядку користування житлом, права на утримання, порядку зміни умов шлюбного договору, його розірвання та визнання недійсним.

З урахуванням усього вищезазначеного можна констатувати той факт, що шлюбний договір необхідно застосовувати, оскільки визначення режиму майна на початку сімейного життя. Хотілось би, щоб шлюбний договір регулював не тільки майнові відносини, а й особисті немайнові відносини подружжя, треба більш чітко встановлювати межі поділу майна, які не обмежують права на місце проживання та не дискримінують одного з подружжя, як громадянина в праві мати житло, аби не порушувати вимоги ст. 93 СК України. Для вдосконалення шлюбного договору, треба в першу чергу звернути увагу на досвід іноземних країн.

Список бібліографічних посилань:

1. Порядок та умови укладення шлюбного договору // Полтавська обласна державна адміністрація: офіц. веб-портал. URL: <http://www.adm-pl.gov.ua/page/poryadok-ta-umovi-ukladennya-shlyubnogo-dogovoru-1> (дата звернення: 05.05.2017).

Одержано 05.05.2017

УДК 347.51

**Юлія Петрівна Ніколенко,
Кристина Геннадіївна Дікевич,***студентки факультету № 6**Харківського національного університету внутрішніх справ*

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АКЦІОНЕРІВ ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ ТОВАРИСТВА

Закон України «Про акціонерні товариства» передбачає єдину підставу застосування відповідальності до акціонерів – акціонери, які не повністю оплатили акції, у випадках, встановлених статутом товариства, відповідають за зобов'язаннями товариства в межах неоплаченої частини вартості належних їм акцій (п. 2 ч. 2 ст. 3) [1]. Але чи може в даному випадку йтися про відповідальність? Відповідно до корпоративного законодавства акціонери мають виконувати свої зобов'язання перед товариством, у тому числі пов'язані з майновою участю (ст. 29 Закону України «Про акціонерні товариства»). Але в законодавстві чітко не конкретизується відповідальність акціонерів за невиконання або неналежне виконання відповідного обов'язку. Тому необхідно звернути увагу на те, чи повинні акціонери нести таку відповідальність, та чи існує у них взагалі такий обов'язок.

Залишається незрозумілим, чи можуть акціонери відповідати за зобов'язаннями товариства перед кредиторами або вони несуть відповідальність лише перед товариством, та який – солідарний чи субсидіарний характер матиме ця відповідальність, оскільки відповідно до цивільного законодавства, якщо відповідальність спільно несуть кілька осіб, вона носить солідарний (ст. 1190 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)) [2] або субсидіарний (ст. 619 ЦК України) характер.

Право товариства на отримання вкладів від учасників характеризується складною структурою, в якій можна виділити: 1) право вимагати внесення вкладів до статутного капіталу при заснуванні товариства; 2) право вимагати внесення вкладів при збільшенні розміру статутного капіталу товариства; 3) право вимагати внесення вкладів у майно товариства (це стосується товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю) [3, с. 27]. І. В. Спасибо-Фатєєва виключає можливість притягнення до відповідальності акціонерів за зобов'язаннями акціонерного товариства, оскільки акціонер має власне зобов'язання з оплати вартості акцій, завдяки чому він вважається зобов'язаною особою перед товариством, а не його кредиторами [4, с. 14]. В. Д. Примак визначає субсидіарну відповідальність учасників юридичних осіб приватного права у межах несплаченої частини їх вкладу до майна (статутного капіталу, інших майнових фондів) юридичної особи як особливий спосіб захисту прав та інтересів її кредиторів, який реалізується через примусове виконання в натурі майнового обов'язку учасника перед юридичною особою – боржником [5, с. 5].

Є. П. Губін зауважує про можливість застосування солідарної відповідальності до акціонерів за зобов'язаннями товариства на підставі обов'язку акціонерів повністю сплачувати вартість придбаних ними акцій, при цьому така відповідальність розглядається автором як відповідальність акціонерів за власними зобов'язаннями перед кредиторами, котрі можуть звернутися безпосередньо до акціонерів із вимогою, але лише в частині неоплаченої акціонерами вартості акцій, мотивуючи це тим, що при солідарній відповідальності боржників кредитор може вимагати виконання зобов'язання від всіх боржників разом або від кожного з них окремо [6, с. 158–159]. На думку О. Воловик, обмежену

відповідальність акціонерів за зобов'язаннями товариства в ретроспективному аспекті взагалі не можна вважати проявом юридичної відповідальності. Авторка наголошує на тому, що підставою застосування відповідальності має бути правопорушення з боку особи, яка притягається до такої відповідальності, а обов'язок акціонера відповідати у межах вартості належних акцій (втрати внаслідок знецінювання акцій чи доплати їх ціни до повного розміру) не є санкцією за правопорушення з боку акціонера, у тому числі навіть коли акції були ним невчасно сплачені [7, с. 98].

На нашу думку, у даному випадку акціонер не може відповідати за зобов'язаннями товариства, оскільки, по-перше, однією з основних ознак юридичної особи є самостійна майнова відповідальність (ч. 1 ст. 96 ЦК України). У ч. 3 ст. 96 ЦК України закріплено, що учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за її зобов'язаннями, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, встановлених установчими документами та законом. По-друге, виникає питання, як акціонери можуть відповідати за зобов'язаннями товариства перед кредиторами, якщо вони не є суб'єктами правовідносин, що виникають між товариством та кредиторами. Цим припускається змішання понять відповідальності та ризику, оскільки акціонери в цьому разі насправді не притягуються до відповідальності за боргами товариства, а несуть ризик знецінення належних їм акцій і відповідають лише перед товариством. По-третє, при створенні акціонерного товариства засновники як майбутні акціонери повинні оплатити повну вартість придбаних акцій до державної реєстрації товариства (ч. 3 ст. 11 Закону України «Про акціонерні товариства»). До моменту затвердження результатів розміщення акцій органом емітента, уповноваженим приймати таке рішення, розміщені акції мають бути повністю оплачені (ч. 2 ст. 23 Закону України «Про акціонерні товариства»). Тобто акціонерами можуть визнаватися лише особи, що повністю оплатили придбані ними акції та включені до реєстру акціонерів товариства, оскільки відповідно до зазначених норм Закону акції мають оплачуватися засновниками або особами, що мають намір стати акціонерами одразу і повністю при їх придбанні.

Отже, враховуючи вище викладене, можна дійти висновку, що засновники та підписчики, які мають намір стати акціонерами товариства та які не повністю оплатили вартість придбаних ними акцій, не можуть відповідати за зобов'язаннями товариства перед кредиторами, а несуть відповідальність перед товариством за невиконання або неналежне виконання умов договору купівлі-продажу.

Список бібліографічних посилань:

1. Про акціонерні товариства: закон України від 17.09.2008 № 514-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 50–51. Ст. 384.
2. Цивільний кодекс України: закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
3. Лаптев В. В. Акционерное право: учеб. пособие. М.: Инфра-М, 1999. 254 с.
4. Спасибо-Фатеева И. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2000. 34 с.
5. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. 22 с.
6. Управление и корпоративный контроль в акционерном обществе: практ. пособие/под ред. Е. П. Губина. М.: Юристъ. 1999. 248 с.
7. Воловик О. Межі відповідальності акціонерів: проблеми і перспективи правового регулювання. *Юридична Україна*. 2010. № 1. С. 97–101.

Одержано 05.05.2017

УДК 347.68(477)

Яна Сергіївна Соловйова,*студентка факультету № 6**Харківського національного університету внутрішніх справ*

ДИНАМІКА СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ

Актуальність дослідження динаміки спадкового договору обумовлена тим, що з 1 січня 2004 р. набрав чинності новий Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р., в якому з'явився новий інститут – спадковий договір, що є однією з найбільш спірних новел чинного ЦК України, а дискусії щодо доцільності його впровадження ведуться й досі.

Проблемними питаннями спадкового договору займалися такі науковці як О. В. Дзера, Ю. О. Заїка, О. Є. Кухарев, З. В. Ромовська, Є. О. Рябоконт та ін. Проте питання динаміки спадкового договору залишаються недостатньо дослідженими правниками.

Сучасний стан розвитку інституту спадкового договору засвідчує постійне збільшення кількості спадкових договорів, що посвідчуються нотаріусами, а також те, що сторонами цього договору нерідко виступають інші особи, окрім зареєстрованого та фактичного подружжя: батьки і діти, особи, не пов'язані між собою кровною спорідненістю тощо [1, с. 62–63].

Відповідно до ст. 1302 ЦК України за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Згідно з ч. 3 ст. 1307 ЦК України відчужувач має право призначити особу, яка після його смерті буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору. У разі відсутності такої особи контроль за виконанням спадкового договору здійснює нотаріус за місцем відкриття спадщини. Варто зазначити, що питання забезпечення виконання спадкового договору ретельно не врегульовані ЦК України. Н. П. Шама слушно зауважує: якщо відчужувач призначає особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті, то постає вже питання про те, яким чином забезпечити здійснення такою особою контролю за виконанням набувачем своїх обов'язків, адже згідно ст. 511 ЦК України зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи, зокрема обов'язку здійснювати такий контроль... Якщо відчужувач не призначає особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті, то незрозуміло, чому ці функції повинен виконувати нотаріус за місцем відкриття спадщини (абз. 2 ч. 3 ст. 1307 ЦК України). Адже нотаріус згідно ЦК України не може бути виконавцем навіть заповіту. Про це повинен потурбуватися сам відчужувач. Крім того, майно, визначене спадковим договором, не має жодного відношення до спадщини, оскільки не входить до її складу. Якщо спадковий договір укладений на користь третьої особи, тобто передбачає обов'язок набувача вчинити після смерті відчужувача певні дії на користь третьої особи (наприклад, надавати утримання синові відчужувача протягом п'яти років з моменту його смерті), то контролювати виконання набувачем своїх обов'язків за договором буде саме така третя особа, оскільки вона заінтересована в належному виконанні набувачем обов'язків, передбачених договором [2, с. 91, 92]. Вочевидь, що відносини із забезпечення виконання спадкового договору підлягають більш ретельному правовому регулюванню.

В юридичній літературі ставиться й багато запитань щодо розірвання спадкового договору. Згідно зі ст. 1308 ЦК України спадковий договір може бути розірвано судом на

вимогу відчужувача у разі невиконання набувачем його розпоряджень. Спадковий договір може бути розірвано судом на вимогу набувача у разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача.

Отже, специфікою спадкового договору є те, що зобов'язання, яке складає предмет спадкового договору, і яке покладається відчужувачем на набувача, може бути виконане як до, так і після смерті відчужувача. Якщо контроль за виконанням зобов'язання до смерті відчужувача є прерогативою відчужувача, який у разі невиконання договору в силу положень ст. 1308 ЦК може порушити питання про розірвання договору, то питання контролю за виконанням умов спадкового договору після смерті відчужувача належним чином не врегульовано. Здійснення контролю за діями набувача по виконанню спадкового договору після смерті відчужувача призначеною відчужувачем особою, а у разі відсутності такої особи – нотаріусом за місцем відкриття спадщини, фактично не може бути реалізовано оскільки відсутній правовий механізм реалізації такого контролю. Крім того, невиконання набувачем умов спадкового договору після смерті відчужувача не забезпечено відповідними санкціями.

Ніхто інший, крім набувача та відчужувача не має права вимагати розірвання договору. Абзац 5 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» передбачає, що згідно зі ст. 1308 ЦК спадковий договір може бути розірвано на вимогу відчужувача або набувача. За змістом цього правила інші особи, у тому числі спадкоємці відчужувача, не можуть пред'являти вимоги про розірвання спадкового договору.

Щодо питання визнання такого договору недійсним, то сторонні особи мають право заявити такий позов лише за умови, що порушено права та охоронювані законом інтереси цих осіб. Відповідно до абз. 3, 4 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» спадковий договір може бути визнано недійсним із підстав, визначених нормами глави 16 ЦК. Вимогу про визнання недійсним спадкового договору може бути заявлено як відчужувачем та набувачем, так і іншою заінтересованою особою. У разі пред'явлення позову особою, яка не є стороною спадкового договору, необхідно перевіряти, які права та охоронювані законом інтереси цієї особи порушено (стаття 3 ЦПК).

У разі ж смерті набувача за спадковим договором раніше смерті відчужувача за загальним правилом дія спадкового договору припиняється. При цьому, як вбачається з абз. 7, 8 п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування», спадкоємці набувача мають право вимагати від відчужувача відшкодування витрат, яких вони зазнали при виконанні спадкового договору в тій частині зобов'язань, що були виконані набувачем до його смерті. Якщо відповідно до спадкового договору набувач зобов'язаний був вчинити певні дії після смерті відчужувача, то у разі смерті набувача обов'язок вчинити ці дії переходить до його спадкоємців.

Як зазначається в юридичній літературі, зазначені у ст. 1308 ЦК України спеціальні підстави розірвання судом спадкового договору засновуються на вимозі лише однієї із сторін, тобто ст. 1308 ЦК застосовується за відсутності погодження між відчужувачем і набувачем щодо припинення договірних відносин. За наявності ж згоди обох сторін спадковий договір може бути достроково розірваний на підставі загальних положень про зобов'язання (ст. 651 ЦК) [3, с. 1170].

Враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що спадковий договір є цікавим і важливим договором, який забезпечуватиме цивільний оборот. Проте, на жаль, спадковий договір і його регулювання в ЦК України є доволі недосконалим. Серед законодавчих неузгодженостей слід відзначити недостатнє врегулювання відносин із

забезпечення виконання спадкового договору, його розірвання, відсутні будь-які правові механізми впливу на поведінку боржника, оскільки вимагати розірвання спадкового договору може лише сторона спадкового договору. Зазначені положення мають бути враховані в процесі подальшого вдосконалення цивільного законодавства України.

Список бібліографічних посилань:

1. Рябоконь Є. О. Новітні тенденції судової практики у справах щодо спадкових договорів. *Нотаріат для Вас*. 2010. № 10. С. 62–69.

2. Шама Н. П. Спадковий договір в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2008. 199 с.

3. Цивільне право України. Особлива частина: підручник/за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 1176 с.

Одержано 05.05.2017

УДК 347.1

Дар'я Вікторівна Соломаха,

студентка військово-юридичного факультету

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ІНСТИТУТ МЕДІАЦІЇ НА ШЛЯХУ СТАНОВЛЕННЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ТА ДЕМОКРАТИЗАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА

У зв'язку з потужними державно-правовими реформами в Україні є необхідність створення інноваційних підходів до розв'язання різноманітних питань, які є однаково важливими як для публічного, так і для приватного сектору життєдіяльності сучасного суспільства. Одним із таких питань є ефективне регулювання вирішення спорів і конфліктів у різних сферах суспільного життя. Такі проблеми традиційно вирішуються судами. Але сучасний стан судового захисту в Україні є незадовільним. Тому постає питання актуальності розробки проблеми забезпечення захисту цивільних прав з використанням позасудових способів. Несталість судової практики, недосконалість системи правового захисту призводить до того, що все частіше звертається увага на альтернативні засоби вирішення спорів, до яких належить інститут медіації.

Медіація є методом позасудового вирішення спорів із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам цивільно-правового спору проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони змогли самостійно обрати той варіант рішення, який відповідатиме їхнім інтересам і задовольнить їхні потреби. Медіація за своєю суттю є неформальною, добровільною процедурою, проте вона показує чудові результати у розв'язанні конфліктів.

Світова практика показує, що інститут медіації є універсальним засобом вирішення конфліктів різноманітного змісту, починаючи від сімейних суперечок, закінчуючи конфліктами за участі громади та міжнародних конфліктів.

У найбільш розвинених країнах світу: США, Австрії, Великій Британії, Німеччині, Франції, Росії, Болгарії, медіація користується популярністю через свою практичність. Така альтернативна процедура вирішення конфлікту є добровільною, не довготривалою, найменш фінансово затратною для сторін, а головне – ефективною.

В Україні законодавче регулювання інституту медіації відсутнє, але можлива перспектива його запровадження. У чинному цивільному законодавстві гарантовано право кожній особі на захист свого цивільного права та інтересу в разі їх порушення, невизнання або оспорювання (ст. 15 Цивільного кодексу). Право на захист особа здійснює на свій розсуд (ст. 20 Цивільного кодексу), самостійно обираючи засоби відновлення порушеного права.

Інститут медіації характеризується таким принципами, як добровільність, неупередженість, нейтральність, конфіденційність, гнучкість, прозорість та інформативність. Як і для будь-якого інституту, медіації характерні свої переваги для запровадження в українське законодавство. Перш за все, її спонукальний характер до добровільного виконання рішення, прийнятого при врегулюванні цивільно-правового спору. Аргументується зазначена позиція наступним чином. Коли суд виносить рішення, навіть за умови примусового виконання, воно часто не виконується. Як пояснюють психологи, людина опирається будь-яким примусовим заходам через свою природу. В той же час, коли людина бере активну участь у прийнятті та формулюванні рішення, ступінь опору значно зменшується, тобто людина добровільно виконує погоджене рішення. Кімберлі К. Ковач, американський вчений та провідний спеціаліст у галузі медіації, вважає, що задоволення прийнятим рішенням пов'язано не тільки з результатом, а й з процесом переговорів, в яких людина бере участь.

Основною характеристикою медіації, її принциповою відмінністю від конфронтаційних за своєю суттю процедур, зокрема, судових, є простота, відсутність формалізму, гнучкість, а головне економія часу та коштів.

Медіація є процедурою примирення, яка передбачає обговорення правової проблеми, що сталася, без зайвого психологічного загострення. Завдяки присутності медіатора, який полегшує сторонам процес діалогу та скеровує їх на узгодження інтересів і віднаходження консенсусу, процесуальна змагальність переходить у співпрацю.

За результатами медіації сторони можуть укласти угоду, якій можна, за бажанням, надати юридичної сили (наприклад, засвідчивши її нотаріально). У випадку ж коли медіація проводилася після початку судового розгляду, сторони можуть укласти мирову угоду, яку затвердить суд.

Таким чином, медіація, маючи сильний потенціал, здатна вирішити проблеми, що стоять перед правовою системою України. Прийняття закону «Про медіацію» сприятиме підвищенню довіри громадян до інституту медіації. Нормативне закріплення сфери застосування процедури медіації в Україні, статусу медіатора, засад проведення процедури медіації дасть можливість становлення та розвитку національної практики застосування інституту медіації. Впровадження медіації сприятиме не тільки ефективному вирішенню спорів учасників процедури медіації, а й зменшенню завантаженості судової системи в цілому, що є надзвичайно актуальним у сучасних умовах розвитку держави. Не менш важливим наслідком практичного застосування процесу медіації буде становлення верховенства права та демократизації суспільства.

Отже, можна прогнозувати, що вже найближчим часом в українському законодавстві буде запроваджено цей дійсно прогресивний інститут, який позитивно впливатиме на учасників цивільного процесу, стане конкретним механізмом забезпечення права сторін на примирення, визначеного чинним законодавством, та сприятиме формуванню позитивного іміджу країни серед світової спільноти.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.1

Альона Вікторівна Тур,*студентка слідчо-криміналістичного інституту**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ОСОБЛИВОСТІ ТА СПЕЦИФІКА ОБСТАВИН, ЩО ЗВІЛЬНЯЮТЬ ВІД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Інститут цивільно-правової відповідальності постає однією з центральних проблем серед наукових досліджень у сфері цивілістики. Цивільно-правова відповідальність не є абсолютною, вона має певні межі, і саме ці межі становлять обставини, підстави, внаслідок яких особа звільняється від несприятливих наслідків. Ретельний аналіз даного питання має надзвичайно важливе значення і в теоретичному, і в практичному аспектах.

Варто звернутися до Цивільного Кодексу України як основного акту цивільного законодавства, яким передбачається закріплення загальних підстав звільнення від цивільно-правової відповідальності. Статтею 617 ЦК України встановлюється, що особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Для повноти дослідження слід ретельно проаналізувати кожну з підстав.

Згідно зі ст. 263 ЦК України непереборною силою визнається надзвичайна та невідворотна за даних умов подія. У юридичній літературі існує суб'єктивна та об'єктивна концепції визначення цього поняття. Прихильники суб'єктивної теорії вважають непереборну силу подією, яку заподіювач шкоди не може передбачити та усунути на даному рівні техніки, незважаючи на всі прийняті міри попередження. Тобто, вони розглядають непереборну силу як надзвичайну обставину, не простий, а кваліфікований випадок. Ця теорія виходить з оцінки індивідуальних можливостей самого заподіювача шкоди. Більшість науковців відхиляють суб'єктивну концепцію, обґрунтовуючи це тим, що вона не містить чітких та визначених критеріїв відмінностей простого випадку, який передбачається ст. 617 ЦК України, від непереборної сили. Отже, непереборна сила – це явище об'єктивної дійсності, що не контролюється волею, свідомістю чи бажаннями людини. Надзвичайним можна вважати все те, що виходить за межі звичайного, ординарного. Надзвичайність подій характеризується незвично великою силою їх прояву, і як правило, ця сила має руйнівний характер. Б. С. Антимонов наголошував на тому, що надзвичайність не надає непереборній силі ознаки грандіозності. Подія, помірна за своєю енергією, може визнаватися непереборною силою, тоді як грандіозна подія за своїм масштабом може бути відхилена судом в якості непереборної сили. Така риса як невідворотність є тісно взаємопов'язаною з надзвичайністю. Непереборною силою є та подія, яка є об'єктивно невідворотною, тобто, враховуючи сучасний стан науки, прогресу в суспільстві, окремих індивідуальних рис особи, її фізичних, технічних та інших навичок, існує неможливість перешкодити настанню цієї події. У будь-якому випадку особа повинна всіма засобами протистояти негативному впливу непереборної сили. Якщо цю умову не буде виконано, правопорушник не має права посилається на такі обставини як на непереборну силу, оскільки відсутня ознака невідворотності.

Серед науковців у сфері цивільного права точаться гострі дискусії відносно ознаки невідворотності непереборної сили. Одні автори мають на увазі невідворотність обставин

для конкретного заподіювача шкоди, враховуючи наявні в нього можливості, інші – невідворотність не лише для цієї особи, а й будь-якої іншої, враховуючи не конкретні можливості особи, а рівень розвитку науки та техніки всього суспільства. У цілому, цивілісти поділять думку, що непереборна сила є категорією відносною, адже ознаки надзвичайності та невідворотності є глибоко індивідуальними, слід враховувати розвиток техніки та науки за тих чи інших умов.

До обставин непереборної сили зазвичай відносять стихійні природні явища, деякі суспільні явища, такі як воєнні дії, страйки, введення мораторію.

Згідно із цивільним законодавством випадок належить до загальних підстав звільнення від відповідальності. Ще римські юристи зазначали, що «за випадок ніхто не відповідає». Часто випадок вважають синонімом непереборної сили, що, враховуючи останні дослідження, є абсолютною помилкою. Під казусом розуміється така подія або її результат, яких могло б не бути, але які не були відвернуті відповідальною особою тільки тому, що їх неможливо було передбачити і запобігти через раптовість їх настання. Випадок передбачає суб'єктивну неможливість особи передбачити діяння, попередити його суспільно шкідливі наслідки, що і викликає невиконання або неналежне виконання зобов'язань відповідальною особою.

Як вже говорилося, нерідко поняття випадок та непереборна сила отожднюють, між ними існує доволі тонка межа, але слід чітко усвідомлювати різницю між цими явищами. Непереборна сила – це подія, об'єктивно невідворотна за певних умов не тільки для конкретної особи, відповідальної за заподіяну шкоду, а й для інших осіб при досягнутому рівні розвитку науки і техніки, а випадок – об'єктивно відворотний і не може бути попереджений тільки цією особою. Непереборна сила – це завжди зовнішня подія по відношенню до діяльності заподіювача шкоди, а випадок, як правило, внутрішня обставина відносно його діяльності.

Ще однією обставиною, спеціальною підставою, яка звільняє від цивільно-правової відповідальності, є форс-мажор. Останнім часом спостерігається тенденція до зростання актуальності даного питання. Між науковцями існують гострі суперечки щодо визначення поняття форс-мажору, дехто ототожнює форс-мажор з непереборною силою, інші ж вбачають у них різний зміст. У цілому, форс-мажор можна визначити як дію або подію, що спричиняє неможливість виконання договірних зобов'язань у обумовлений сторонами строк. Особливістю таких обставин є те, що сторона яка зазнала впливу форс-мажору звільняється від відповідальності за невиконання та/або неналежне виконання своїх зобов'язань. Основними ознакам форс-мажору можна назвати такі:

- 1) форс-мажорні обставини охоплюють явища природи, а також соціальні явища (дії людей);
- 2) форс-мажорні обставини, як соціальні явища відмежовуються від явищ природи (обставин непереборної сили);
- 3) вони не залежать від волі учасників цивільних відносин;
- 4) унеможливлюють виконання зобов'язань за даних умов.

Залежно від часу існування форс-мажорні обставини можна поділити на тривалі та короткострокові. До перших, як правило, відносять війну, валютні обмеження, заборона на експорт певної продукції, тощо. До другого виду належать, здебільшого, стихійні лиха. Форс-мажорні обставини, що мають тимчасовий характер говорять про неможливість виконання зобов'язань за даних умов не певний період, і як правило, виступають умовою для відстрочки виконання зобов'язання.

Для визнання обставин форс-мажорними потрібна низка умов:

- 1) виникнення їх після укладення договору;
- 2) неможливість виконання зобов'язання у період їх існування;
- 3) закріплення цих обставин у договорі, як таких, що звільняють від відповідальності.

Отже, підсумовуючи, необхідно зазначити, що в юридичній науці одним з найбільш дискусійних є питання про сутність та особливості юридичної відповідальності. Це пояснюється тим, що проблема юридичної відповідальності взагалі є фундаментальною для правової теорії. Варто погодитись із Л. С. Мамутом, який наголошував на тому, що дослідження відповідальності є заняттям ризикованим. У деякому сенсі воно нагадує прохід мінним полем. Один необережний поступ, слово – і вибух. Надто палкою за своїм соціально-історичним значенням постає ця проблема. Незважаючи на це, дослідження обставин, що звільняють від цивільно-правової відповідальності, викликають неймовірний інтерес серед науковців, адже ця тема є однією з найбільш дискусійних. Варто відмітити, що тлумачення сутності обставин, що звільняють від цивільно-правової відповідальності, є доволі різноманітними, і позиції дослідників не завжди ідентичні. Наразі спостерігається тенденція до зростання інтересу щодо даного питання, збільшення наукових праць та їх удосконалення. На відміну від публічно-правових галузей, у цивільному праві є особлива специфіка визначення підстав звільнення від відповідальності, тому актуальним залишається питання щодо подальшого вивчення даної теми, що є корисним не тільки в науковому аспекті, а й є необхідним для застосування досліджень на практиці.

Одержано 27.04.2017

УДК 347.44

Валерія Сергіївна Шапран,

студентка факультету № 6

Харківського національного університету внутрішніх справ

КВАЛІФІКАЦІЯ ПРАВА НА ОСВІТУ

1. Прагнення осіб до освіти в юридичній літературі найчастіше кваліфікується як суб'єктивне право. При цьому робляться посилання на ст. 53 Конституції України, де кожному громадянину гарантується доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах. Разом з тим, у роботах, присвячених даному питанню, не говориться про те, до якого виду суб'єктивних прав має бути віднесене так зване «право на освіту».

2. Освіта, коли її розглядати як результат навчання, є особистим немайновим благом. Виходячи з цього необхідно проводити й подальшу оцінку зв'язку особи з цим благом (освітою). Наявність в особи певного рівня освіти породжує абсолютно-правовий зв'язок, де уповноважена особа за своїм розсудом реалізує свої знання та вміння, а усі треті особи мають утримуватися від дій, що створювали б перешкоди для правоволодільця.

3. Іншого вигляду набуватиме правова форма прагнення особи до здобуття освіти. У такому випадку в особи ще не існує освіти. Отже, застосування правової форми особистих немайнових прав тут є неможливим. За нашим переконанням, цей вид прагнення є елементом цивільної правоздатності особи. Оцінювати подібне прагнення суб'єктивним правом немає ніяких підстав.

Як відомо, суб'єктивним правам завжди протиставляються суб'єктивні обов'язки конкретних осіб (у відносних правовідносинах), або ж – пасивні обов'язки невизначеного кола осіб (в абсолютних правовідносинах). Ні під ту, ні під другу конструкцію прагнення до освіти за своїм змістом не підпадає. Коли б це було відносним правовим зв'язком, то зацікавленій в отриманні освіти особі протистояли конкретні особи з обов'язком надати освіту. Вочевидь, таких осіб знайти не вдасться, адже освіта здобувається в першу чергу шляхом здійснення заінтересованою особою відповідних активних дій. Не підпадає розглядуване прагнення й під ознаки абсолютного правового зв'язку, оскільки самого блага (освіти) в особи ще не існує.

4. Вищевикладене дозволяє зробити висновок, про те, що прагнення осіб до здобуття ними освіти має ознаки одного з елементів правоздатності, яка реалізується через вчинення заінтересованою особою відповідних активних дій.

Одержано 05.05.2017

СЕКЦІЯ «ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ»

УДК 347.1

Олена Миколаївна Калашник,

*заступник директора навчально-наукового гуманітарного інституту,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського,
кандидат юридичних наук*

ЩОДО МОЖЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ПРИ РОЗГЛЯДІ СПОРІВ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Ефективність нормативно-правового захисту права інтелектуальної власності залежить від багатьох факторів, головним з яких є наявність досконалого законодавства та дієвих механізмів його застосування, насамперед при захисті прав. Поміж таких прав і свобод помітне місце посідають ті, що виникають у галузі інтелектуальної, творчої діяльності відповідно до положень ст. 41 Конституції України, яка передбачає, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, та ст. 54 Конституції України, яка гарантує громадянам свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості.

В умовах трансформації політичного та економічного життя країни, появи нових типів суспільних відносин, навіть найдосконаліше законодавство не в змозі врахувати все різноманіття суспільних відносин, зокрема й у сфері інтелектуальної власності, що потребують правового регулювання.

У процесі правозастосування зустрічаються обставини життя, які не знаходять свого прямого регулювання в законі або іншому нормативному акті. Фактично правозастосовний орган у своїй діяльності стикається з наявністю прогалин, оскільки передбачити ситуації, коли суспільні відносини потребують законодавчого регулювання, просто неможливо навіть за найдосконалішою нормотворчою діяльністю. Цей висновок слідує з філософського розуміння сутності права, його багатогранності і багатоаспектності виявів, що підтверджується практикою. Навіть в окремі історичні періоди стабільне і добре розроблене законодавство починає кардинально оновлюватись, що неминуче тягне за собою зростання прогалин у врегулюванні важливих суспільних відносин [8]. Зазначене повною мірою стосується й законодавства, що регулює процесуальну діяльність судів з метою розгляду та вирішення цивільних справ у сфері захисту прав інтелектуальної власності.

Як зазначає Г. А. Жилін, у законодавстві важко, а іноді й неможливо передбачити всю різноманітність ситуацій, які можуть виникнути в процесі розгляду і вирішення конкретної справи. У зв'язку з цим у судовій практиці доволі часто доводиться долати прогалини в правовому регулюванні процесуальної діяльності і пов'язаних з нею відносин між суб'єктами судочинства за допомогою аналогії закону чи права [3, с. 10].

Аналогія є одним з найбільш поширених способів усунення прогалин у матеріальному праві. У процесуальних галузях права погляди сучасних правознавців щодо можливості

застосування аналогії не збігаються. Тобто, якщо застосування аналогії права та закону в цивільному праві є традиційним явищем, то щодо застосування аналогії в інших галузях права з імперативним методом правового регулювання відсутня єдність поглядів науковців [4, с. 60].

Досить тривалий час в юридичній науці точились і точаться дискусії щодо можливості застосування аналогії в цивільному процесуальному праві. Маємо зазначити, що низка вчених виступають за існування інституту аналогії цивільного процесуального закону і права, який, на їх думку, не суперечить інтересам законності (В. І. Авдюков, О. Т. Боннер, Е. Ш. Кемуларія, Л. Ф. Лєсницька, А. О. Мельников, В. К. Пучинський, І. Сабо, С. Я. Фурса, В. В. Корольов, В. М. Соколов, О. І. Косаренко, О. В. Колотова та інші). Інші вчені вважають застосування інституту аналогії призводить до порушення суворої процесуальної форми та ігнорування принципу законності (М. Г. Авдюков, М. О. Власенко, П. Я. Трубников, Ю. Х. Калмиков, В. В. Комаров, Д. Д. Луспеник та інші).

Як справедливо зазначає О. І. Косаренко, відмовлятися від аналогії цивільного процесуального законодавства в країні, де триває судова реформа, надто передчасно. А з урахуванням того, що законодавець визнає можливість існування недоліків у матеріальному праві, але при цьому не визнає можливості існування їх у процесуальному – це й нелогічно [6, с. 184]. З такою ж позицією погоджується В. М. Соколов [9, с. 38].

Прибічником можливості застосування процесуальної аналогії є С. Я. Фурса, яка зазначає, що на практиці виникає потреба у застосуванні аналогії закону або права. У ч. 8 ст. 8 ЦПК України встановлено, що забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини. Якщо ж при розгляді справи буде встановлено, що спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права) [10, с. 47].

Досить влучною є також думка про те, що при застосуванні аналогії права істотне значення мають принципи права, які закріплюються в Конституції. Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, то правозастосовувач, виходячи із власної правосвідомості, може мотивувати рішення у справі, посилаючись на конституційні норми [10, с. 48].

Така ж позиція висловлена і в Листі Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18, про який йшлося вище, де зазначається, що при застосуванні аналогії права суттєве значення мають принципи права, які закріплюються в Конституції України. Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, то правозастосовувач, базуючись на власній правосвідомості, може мотивувати рішення у справі, посилаючись на конституційні норми [12].

Також у цьому листі йдеться, що аналогія не застосовується у сфері кримінального законодавства та законодавства про адміністративні правопорушення. Аналізуючи зміст вищевказаного листа, слід зазначити, що Міністерство юстиції України офіційно вказує про можливість застосування аналогії в цивільному процесуальному праві [12].

Щодо позиції вчених, які наполягають на неможливості застосування аналогії в цивільному процесуальному праві, то вони зазначають: немає процесуальної норми – не повинно бути й процесуальної дії, а прогалини (недоліки) у цивільному процесуальному праві повинні усуватися тільки в законодавчому порядку. Крім того, одним з елементів цивільного процесу є цивільна процесуальна форма, яка являється системою гарантій, її

реалізація можлива лише при неухильному дотриманні всіх вимог, що ставляться законом до дій суб'єктів процесуальних правовідносин [2, с. 48].

Однак при цьому ними не даються відповіді на запитання, як вчиняти суду при розгляді справи у разі наявності прогалини в цивільному процесуальному законодавстві, що не заперечується, до її усунення на законодавчому рівні [5].

У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення» від 18 грудня 2009 р. № 14 вказується, що рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства відповідно до ст. 2 ЦПК України, вирішив справу відповідно до норм матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин відповідно до ст. 8 ЦПК України, а також правильно розтлумачив ці норми. Якщо спірні правовідносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права) [11]. Вважаємо, що Верховний Суд України у своїй постанові підтверджує право суду застосовувати аналогію закону і права. Однак, усе ж таки, не до кінця зрозумілим залишається питання про можливість застосування процесуальної аналогії. У зв'язку з цим серед учених виникає ряд дискусій з цього приводу. Однак, оскільки прогалини у цивільному процесуальному праві існують, то і застосування аналогії є доцільним.

Підтвердженням цієї позиції є і те, що норма, яка дозволяє використовувати аналогію права і аналогію закону, міститься в ЦПК України, а не в ЦК України або інших актах, які містять норми матеріального права. Адже ЦПК України складається саме з цивільних процесуальних норм, а не цивільних норм.

Таким чином, зрозуміло, що в умовах сьогодення необхідно, з одного боку, удосконалювати законодавство, враховуючи стрімкий розвиток й більшу специфікацію відносин в сфері інтелектуальної власності, які потребують необхідного надійного врегулювання та захисту, а з другого, підвищувати кваліфікацію суддів, які розглядають матеріали стосовно порушення прав інтелектуальної власності. Раціональне застосування інституту аналогії закону і аналогії права відповідно до певних правил і прийомів, заснованих на принципах права, прийняття на цій основі справедливих морально-етичних рішень, забезпечить права і свободи та законні інтереси людини і громадянина.

Список бібліографічних посилань:

1. Балашов А. Н., Мишутина Э. И. Вопросы применения аналогии закона и аналогии права в гражданском судопроизводстве. *Российская юстиция*. 2009. № 10. С. 59–62.
2. Балюк М. І., Луспенник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції. Харків: Харків юрид., 2008. 708 с.
3. Жилин Г. А. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). М.: Проспект, 2006. 880 с.
4. Колотова О. В. Допустимість застосування аналогії в галузях права. *Держава і право*. 2009. Вип. 44. С. 60–66.
5. Корольов В. В. Аналогія закону в цивільному судочинстві. URL: http://www.lex-line.com.ua/?language=ru&go=full_article&id=979.
6. Косаренко О. І. Проблеми аналогії в контексті реформування цивільного судочинства. *Вісник Академії адвокатури України*. 2010. № 18. С. 183–186.
7. Кравчук М. В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права: навч. посіб. 3-тє вид., змін. і допов. Тернопіль: Карт-бланш, 2002. 247 с.

8. Панасюк О. С. Пробелы в праве и способы их преодоления и устранения. Теоретическое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Ставрополь, 2012. 182 с.

9. Соколов В. М. Застосування процесуальної аналогії при здійсненні адміністративного судочинства. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2012. № 2. С. 37–41.

10. Фурса С. Я. Академічний курс: підруч. для студентів юрид. спец. ВНЗ. Київ: Вид. Фурса С. Я.; КНТ, 2009. 848 с.

11. Про судові рішення: постанова Пленуму Верховного Суду України від 29.12.1976 № 11 // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09>.

12. Лист Міністерства юстиції України (щодо порядку застосування нормативно-правових актів) від 30.01.2009 № Н-35267-18 // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>.

Одержано 25.05.2017

УДК 347.9

Андрій Васильович Коваленко,

*завідувач кафедри цивільного права та процесу
факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент;*

Вадим Вікторович Фурса,

*викладач кафедри цивільного права та процесу
факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ І ПРИВАТНИХ ВИКОНАВЦІВ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У жовтні 2016 року набрало законної сили законодавство, що регламентує порядок примусового виконання судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб). Зокрема Верховною Радою прийнято два закони «Про виконавче провадження» і «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», які замінили закони «Про виконавче провадження» та «Про державну виконавчу службу».

Новелою вказаних законів є запровадження інституту приватних виконавців. Так, набрання чинності вказаними законами в повному обсязі, примусове виконання рішень покладатиметься не тільки на органи державної виконавчої служби (державних виконавців), але й, у передбачених законом випадках, на приватних виконавців, правовий статус та організація діяльності яких встановлюються Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів».

Слід зазначити, що приватним виконавцям дозволяється поєднувати свою діяльність з діяльністю арбітражного керуючого, що дозволить останнім розширити перелік послуг. Водночас розпорядником майна, керуючим санацією чи ліквідатором боржника в процедурі банкрутства не можуть бути призначені арбітражні керуючі, які раніше

виконували повноваження приватного виконавця у виконавчих провадженнях, стороною в яких був боржник.

Приватним виконавцем може бути громадянин України, який досяг 25 років, має вищу юридичну освіту не нижче другого рівня, володіє державною мовою, має стаж роботи у сфері права не менш як два роки і склав кваліфікаційний іспит. Інформація про приватних виконавців вноситься до Єдиного реєстру приватних виконавців, який розміщено на веб-сайті Мін'юсту. Приватний виконавець має право почати свою діяльність із дня внесення інформації про нього до такого реєстру.

Приватний виконавець здійснює примусове виконання рішень, крім визначених законом. Так, до таких обмежень відносяться:

- рішення, за якими боржником є держава, державні органи, Національний банк України, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, державні та комунальні підприємства, установи, організації, юридичні особи, частка держави у статутному капіталі яких перевищує 25 відсотків, та/або які фінансуються виключно за кошти державного або місцевого бюджету;

- рішення, за якими стягувачами є держава, державні органи;

- рішення адміністративних судів та рішення Європейського суду з прав людини;

- рішення, які передбачають вчинення дій щодо майна державної чи комунальної власності;

- рішення, за якими боржниками є діти або фізичні особи, які визнані недієздатними чи цивільна дієздатність яких обмежена;

- рішення про конфіскацію майна;

- рішення, виконання яких віднесено законом безпосередньо до повноважень інших органів, які не є органами примусового виконання;

- інших випадків, передбачених Законом України «Про виконавче провадження» та Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів».

Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» регламентується також правовий статус державних виконавців. Так, відповідно до Закону державними виконавцями є керівники органів державної виконавчої служби, їхні заступники, головні державні виконавці, старші державні виконавці, державні виконавці органів державної виконавчої служби. Державний виконавець є представником влади, діє від імені держави і перебуває під її захистом та уповноважений державою здійснювати діяльність з примусового виконання рішень у порядку, передбаченому законом. Державним виконавцем може бути громадянин України, який має вищу юридичну освіту не нижче другого рівня, володіє державною мовою і здатний за своїми особистими і діловими якостями здійснювати повноваження державного виконавця. Специфічні умови до кандидатів на посаду державних виконавців затверджено наказом Міністерства юстиції України 21.10.2016 № 3005/5 «Спеціальні вимоги до осіб, які претендують на зайняття посад державних виконавців територіальних органів державної виконавчої служби».

Прийняття нового виконавчого законодавства зумовило внесення ряду змін до вже діючих нормативних актів у сфері правового захисту державних та приватних виконавців. Зокрема, ст. 342 Кримінального кодексу України «Опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, члену громадського формування з

охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві, уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб» доповнили словами – «приватному виконавцю» і таким чином держава гарантувала безпечне виконання своїх функцій приватними виконавцями. Позитивні зміни також внесені до статей 343 КК України «Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця» та 347 КК України «Умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця». Варто наголосити, що зміни до ст. 347 КК України стосувалися як приватних так і державних виконавців зокрема.

Поряд зі встановленням відповідальності за посягання на державних та приватних виконавців Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» встановлює також і відповідальність самих виконавців. Так, згідно ст. 37 приватний виконавець несе за свої рішення, дії чи бездіяльність та завдану третім особам шкоду цивільно-правову, адміністративну чи кримінальну відповідальність у порядку та обсягах, установлених законом, а також дисциплінарну відповідальність у порядку, встановленому цим Законом. Проте у вказаному законі передбачена відповідальність лише приватного виконавця. Відповідальність же державного виконавця передбачена Законом України «Про державну службу». Проте цим законом встановлено лише два види відповідальності – дисциплінарна та матеріальна відповідальність. Вважаємо за необхідне доповнити Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» розділом, який встановить відповідальність державних виконавців. Це дозволить прирівняти в правовому статусі як приватних так і державних виконавців та дозволить ефективніше захищати права та інтереси осіб на яких направлено стягнення. Крім того встановлення адміністративної та кримінальної відповідальності державних виконавців дозволить уникати зловживань з боку означеної категорії осіб і сприятиме зменшенню корупційних проявів у майбутньому та сприятиме повному виконанню рішень судів зокрема.

На жаль в рамках тез доповіді неможливо розглянути повністю питання відповідальності державних та приватних виконавців. Проведене нами дослідження показує лише деякі проблемні питання, які потребують наукового дослідження та вирішення у майбутньому.

Одержано 24.04.2017

УДК 347.23

Олена Ігорівна Антонюк,

доцент кафедри цивільного права і процесу

Донецького національного університету імені Василя Стуса,

кандидат юридичних наук, доцент

ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У РАЗІ ЙОГО ОБМЕЖЕННЯ З МЕТОЮ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ

Однією з процедур, у межах якої може бути обмежене право власності, є забезпечення позову. Згідно з ч. 1 ст. 152 ЦПК позов може бути забезпечений шляхом накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього

або в інших осіб, шляхом заборони власнику вчиняти дії щодо свого майна (розпоряджатися або користуватися спірним майном), заборони державному реєстратору прав на нерухоме майно вносити зміни до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, передання судом спірного майна на зберігання третій особі (судовий секвестр). Схожі положення містяться у ст. 67 ГПК України.

Забезпечення позову по суті – це обмеження суб'єктивних прав, свобод та інтересів відповідача або пов'язаних з ним інших осіб з метою забезпечення реалізації у майбутньому актів правосуддя і задоволених вимог позивача (заявника). Зазначені обмеження встановлюються ухвалою суду, вони діють до заміни судом виду забезпечення позову або скасування заходів забезпечення позову (постанова Верховного Суду України від 18 січня 2017 року № 554/410/15ц).

Відповідно до ст. 391 ЦК України власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпоряджання своїм майном. Процесуальне законодавство передбачає кілька варіантів відновлення порушених під час забезпечення позову прав, що обумовлюють подання: 1) заяви про скасування забезпечення позову; 2) заяви про заміну способу забезпечення позову; 3) апеляційної скарги на ухвалу про забезпечення позову.

Обрання засобу захисту права власності у випадку його обмеження внаслідок забезпечення позову залежить, зокрема, від процесуального статусу власника майна у процесі, в якому був вжитий відповідний захід.

При цьому Пленум Вищого спеціалізованого суду України у постанові від № 5 від 3 червня 2016 року «Про судову практику в справах про зняття арешту з майна» зауважує, що з заявою про скасування заходів забезпечення позову (накладення арешту на майно або грошові кошти) може звернутись лише особа, щодо якої такі заходи забезпечення позову вжито, тобто сторона у справі чи третя особа, яка заявила самостійні вимоги щодо предмета спору (ч. 4 ст. 154 ЦПК). Інша особа, яка вважає, що майно, на яке було накладено арешт у порядку забезпечення позову, належить їй, а не стороні у справі, може звернутись до суду з позовом про визнання права власності на це майно і про зняття з нього арешту (стаття 60 Закону про виконавче провадження). На сьогодні такий спосіб захисту передбачений у ст. 59 Закону України «Про виконавче провадження».

При цьому, як зауважує Пленум Вищого спеціалізованого суду України у зазначеній постанові, у рішенні суду про визнання права власності на майно і про зняття з нього арешту суд зазначає про скасування заходів забезпечення позову, які оскаржуються (п. 8 ч. 1 ст. 214 ЦПК).

Щодо наведених роз'яснень доцільно зробити такі зауважити:

1) п. 8 ч. 1 ст. 214 ЦПК не стосується позову про зняття арешту з майна, оскільки у ньому йдеться про вирішення долі застосованого під час розгляду справи заходу забезпечення позову. Цей висновок ґрунтується на п. 5 ч. 1 ст. 214 ЦПК, за яким суд має визначити – задовольнити позов або в позові відмовити, тож якщо відповідна вимога складає зміст позову, то її вирішення відбувається на підставі п. 5, а не п. 8 ч. 1 ст. 214 ЦПК;

2) ст. 59 Закону України «Про виконавче провадження» стосується лише арешту (накладеного у межах виконавчого провадження). Вона не поширюється на інші заходи, що можуть бути запроваджені судом як забезпечення позову, наприклад, заборони вчиняти певні дії щодо відчуження майна. Тож ст. 59 Закону України «Про виконавче провадження» до таких випадків не може бути застосовна за аналогією;

3) навряд чи виправданим є передання оцінки законності та обґрунтованості заходу забезпечення позову, яким обмежене право власності, іншому суду у межах іншого провадження щодо визнання права власності.

Більш ефективним для захисту права власності буде використання права на апеляційне оскарження ухвали про забезпечення позову особою, яка не брала участь у справі, оскільки суд вирішив питання про її права, запровадивши їх обмеження.

Слід звернути увагу на те, що ч. 1 ст. 292 ЦПК України врегульовує коло суб'єктів, які мають право на оскарження рішення, вказуючи у ньому особу, яка не брала участь у справі, щодо прав і обов'язків якої суд вирішив питання. Коло осіб, які можуть оскаржувати ухвалу суду, не визначено.

Разом з тим, у ч. 3 ст. 14 ЦПК України передбачено, що обов'язковість судового рішення не позбавляє осіб, які не брали участі у справі, можливості звернутися до суду, якщо ухваленим судовим рішенням порушуються їхні права, свободи чи інтереси. Ухвала суду є судовим рішенням відповідно до ч. 1 ст. 208 ЦПК України. У ч. 1 ст. 299 ЦПК України такі особи зазначені у переліку суб'єктів, які мають право на приєднання до апеляційної скарги. При цьому не міститься обмежень щодо об'єкту оскарження, тобто це може бути приєднання до апеляційної скарги як на рішення, так і на ухвалу.

Тож за наявності доказів того, що суд наклав арешт на майно, що не належить відповідачу, або інших підстав незаконності та (або) необґрунтованості запровадження обмеження права власності особи, яка не є особою, яка бере участь у справі, така особа може подати апеляційну скаргу на відповідну ухвалу, що є більш оперативним і універсальним, а також дешевшим засобом процесуального захисту з точки зору сплати судового збору (порівняно з позовом про визнання права власності та зняття арешту з майна).

Враховуючи приписи ст. 1 Протоколу 1 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод положення ч. 3 ст. 154 ЦПК України про скасування заходів забезпечення позову виключно судом, який розглядав справу, не може бути визнаним пропорційним легітимній меті забезпечення позову у ситуації, коли суду апеляційної і касаційної інстанції надано право скасовувати рішення з постановленням нового рішення про відмову у задоволенні позову, а також право постановляти ухвали про закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду, проте не надано право у таких випадках скасовувати заходи забезпечення позову.

Відповідно до судової практики Європейського суду з прав людини пропорційність легітимної мети втручання у право власності та обраних засобів буде дотримана у разі виключної необхідності, ефективності та співмірності втручання. Органи влади не можуть покладати на громадян зобов'язання, що перевищують межі необхідності, що випливають з публічного інтересу. Необхідним може бути визнане лише таке втручання, без якого неможливе задоволення суспільного інтересу. Порушення умов щодо пропорційності засобів втручання, навіть у разі законодавчого закріплення його підстави, породжує право на захист.

З огляду на це, доцільно передбачити у ЦПК України як обов'язкове скасування заходів забезпечення позову судом апеляційної і касаційної інстанції у випадках: 1) скасування рішення за умови відмови у задоволенні позовних вимог; 2) постановлення ухвали про скасування рішення і закриття провадження у справі або залишення заяви без розгляду.

Захист прав власника у випадках, що розглядаються, ускладнюється, якщо забезпечення позову здійснено судом, розташованим на окупованій території або території ведення антитерористичної діяльності. Тож є актуальним питання щодо особливостей скасування заходів забезпечення позову у таких справах, а також отримання ухвали про скасування чи заміну способу забезпечення з відміткою про набрання нею законної сили, що була ухвалена, проте не була виконана до початку окупації чи антитерористичної операції.

Вбачається, що особа може реалізувати права, передбачені у ЦПК України, з метою захисту обмежених у порядку забезпечення позову прав у суді, якому була «передана» підсудність відповідної справи. Проте ситуація ускладнюється тим, що матеріали справ не були передані судам, яким була «передана» підсудність справ судів, розташованих на окупованій території і території ведення АТО.

У ч. 3 ст. 1 Закону України від 15 квітня 2014 року № 1207-VII «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» зазначено, що у разі неможливості передання суду матеріалів справи її розгляд здійснюється за документами і матеріалами (доказами), поданими учасниками судового процесу, якщо вони є достатніми для прийняття відповідного судового рішення.

Аналіз роз'яснень, наведених Вищим спеціалізованим судом України в Узагальненні практики розгляду судами деяких питань, пов'язаних із відновленням втраченого судового провадження, у тому числі на тимчасово окупованій території і в зоні АТО, дозволяє виділити такі особливості порядку захисту прав у цих випадках:

1) для оскарження чи перегляду судового рішення необхідним є не лише відновлення самого рішення, а й відновлення письмових доказів у справі, які досліджувались судом і результати оцінки яких відображені у такому рішенні, проте для отримання завірної копії судового рішення, скасування заходів забезпечення позову, для виконання судового рішення зазвичай немає потреби у відновленні інших документів з матеріалів справи, окрім самого судового рішення;

2) незалежно від заявленої мети відновлення втраченого судового провадження, резолютивна частина рішення про відновлення такого провадження має містити повний текст відновленого судового рішення, яким було закінчено провадження у справі, адже він замінює втрачений оригінал. Винятком можуть бути випадки неможливості відновлення судом повного тексту судового рішення, а відновлення та викладення судом його резолютивної частини є достатнім для реалізації особою захисту свого порушеного, оспореного чи невизнаного права або інтересу (наприклад, ухвали про скасування заходів забезпечення позову);

3) за наявності заяв про вчинення процесуальних дій, пов'язаних з таким провадженням (апеляційне оскарження та перегляд судового рішення, скасування заходів забезпечення позову, які було застосовано в межах втраченого провадження тощо) суди ініціюють відновлення втраченого судового провадження. Відкрите за заявою особи провадження у справі, зокрема, про скасування заходів забезпечення позову, має бути зупинене до вирішення питання про відновлення втраченого судового провадження. Навіть якщо питання про відновлення втраченого судового провадження і про вчинення процесуальної дії, пов'язаної з втраченим провадженням, містяться у одній заяві, ці питання також не можуть розглядатись в одному провадженні з ухваленням одного рішення.

Особливості вирішення таких питань у порядку господарського судочинства висвітлюються в інформаційному листі Вищого господарського суду України від 12 вересня 2014 року № 01-06/1290/14.

Не є перешкодою для вирішення питання про скасування заходів забезпечення позову неможливість відновлення провадження. Наприклад, Пленум Вищого спеціалізованого суду України у п. 7.6 постанови від 26 грудня 2011 року № 18 «Про деякі питання практики застосування ГПК України судами першої інстанції» роз'яснив, що питання про скасування заходів забезпечення позову, вжитих у справі, яка втрачена та не підлягає відновленню, вирішує суддя (колегія суддів), у провадженні якого перебуває справа, порушена за новою позовною заявою. У разі коли заявник не скористався правом на подання нової позовної заяви, питання про скасування заходів до забезпечення позову вирішує суддя (колегія суддів), у провадженні якого перебувала втрачена справа, а якщо це неможливо – склад суду для розгляду клопотання визначається з використанням автоматизованої системи документообігу суду.

Одержано 17.04.2017

УДК 347.91/95

Юлія Анатоліївна Прут,

*помічник судді Івано-Франківського окружного адміністративного суду,
кандидат юридичних наук*

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ІНШИХ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА ЇХ ФУНКЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Суб'єктами цивільних процесуальних відносин, окрім осіб, які беруть участь у справі, є інші учасники цивільного процесу. Вказана категорія осіб, як і інші суб'єкти цивільних процесуальних відносин, відіграють важливу роль у відправленні правосуддя в цивільних справах та забезпеченні виконання завдань цивільного судочинства. Незважаючи на важливу роль, яку відіграють інші учасники цивільного процесу, в юридичній літературі відсутні відповідні ґрунтовні напрацювання щодо розуміння їх процесуального статусу. Стаття 47 ЦПК України визначає коло осіб, які віднесені до інших учасників процесу, але перелік цих осіб не є вичерпний, оскільки до зазначеної категорії осіб також можна віднести, наприклад, педагогів та лікарів. Це свідчить про певну специфіку вказаної групи осіб та значення їх участі в цивільній справі для повного, всебічного та об'єктивного встановлення всіх обставин з метою ухвалення судом обґрунтованого рішення. А відтак, їх цивільний процесуальний статус, місце в системі суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин та їх функції при здійсненні правосуддя в цивільних справах вимагає більшої уваги.

Аналіз норм ЦПК України та юридичної літератури дає змогу всіх суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин поділити на такі групи: 1) суд (обов'язковий суб'єкт); 2) особи, які беруть участь у справі; 3) інші учасники цивільного процесу.

При цьому, погодимось з С. О. Харитоновим, що особи, які беруть участь у справі, – це суб'єкти, які мають заінтересованість в предметі процесу, а інші учасники цивільного

процесу – це суб'єкти, які надають суду та особам, які беруть участь у справі, організаційну, інформаційну та іншу допомогу [1].

У ЦПК України міститься перелік осіб, які є іншими учасниками цивільного процесу. Зокрема, у ст. 47 ЦПК України зазначено, що учасниками цивільного процесу, крім осіб, які беруть участь у справі, є: 1) секретар судового засідання; 2) судовий розпорядник; 3) свідок; 4) експерт; 5) перекладач; 6) спеціаліст; 7) особа, яка надає правову допомогу.

Водночас, на думку багатьох науковців, перелік цих осіб, зазначений у ст. 47 ЦПК України, не є вичерпний. Зокрема, В. М. Кравчук та О. І. Угриновська вважають, що до інших учасників процесу належать також педагоги та лікарі [2]. Ю. В. Білоусов звертає увагу на те, що ЦПК України не передбачає наявності такого учасника цивільних процесуальних правовідносин, як помічник судді. На його думку, про нього не варто забувати, оскільки така особа також допомагає забезпечити належний розгляд цивільної справи [3].

Осіб, зазначених у ст. 47 ЦПК України, у правовій літературі поділяють на дві групи: 1) особи, які здійснюють організаційно-технічне забезпечення цивільного процесу (секретар судового засідання, судовий розпорядник); 2) особи, які сприяють розгляду і вирішенню цивільної справи по суті (свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, особа, яка надає правову допомогу) [4; 5].

Крім того, С. С. Бичкова та Ю. В. Білоусов поділяють осіб, які є іншими учасниками цивільного процесу, на тих, участь яких обов'язкова, і тих, які залучаються до розгляду цивільної справи за потреби. Зокрема науковці наголошують на тому, що секретар судового засідання і судовий розпорядник – обов'язкові учасники розгляду будь-якої цивільної справи. Вони працюють у суді та їх участь у цивільному процесі є виконанням службових (функціональних) обов'язків. Водночас участь осіб, які сприяють розгляду і вирішенню справи по суті, на відміну від секретаря судового засідання і судового розпорядника, має факультативний характер. Такі особи залучаються судом до цивільного судочинства залежно від обставин конкретної цивільної справи [3; 5].

Такий поділ інших учасників цивільного процесу є дуже умовним, хоча загалом думка науковців слушна. Водночас, попри короткий аналіз законодавчого переліку осіб, які є іншими учасниками цивільного процесу, нам потрібно також з'ясувати їх поняття та ознаки. Для цього ми проаналізували нормативні ознаки кожного учасника цивільного процесу, вказаного у ст. 47 ЦПК України, та ознаки цих учасників, виділені у правовій науці.

На основі виділення ознак кожної особи, яка є іншим учасником цивільного процесу, нами обґрунтовано доречність невиключення законодавцем помічника судді до переліку осіб, які є іншими учасниками цивільного процесу і помилковість такого підходу щодо педагога та психіатра. Розглянувши запропоновані законодавцем та науковцями дефініції та ознаки різних осіб, яких законодавець відніс до інших учасників цивільного процесу, ми виділили спільні риси вказаної категорії осіб, а саме:

- 1) усі особи, які є іншими учасниками цивільного процесу, є фізичними особами;
- 2) вони володіють знаннями чи інформацією або мають навички, які потрібні під час розгляду і вирішення справи судом;
- 3) усі, крім судового розпорядника і секретаря судового засідання, інші учасники цивільного процесу залучаються судом за потреби, тобто самостійно вони не вступають у процес;
- 4) ці особи не мають свого юридичного інтересу під час розгляду і вирішення судом цивільної справи;
- 5) інші учасники цивільного процесу сприяють розгляду і вирішенню справи;

6) ці особи наділені певним процесуальним статусом, визначеним положеннями ЦПК України;

7) перелік цих осіб, крім педагога та лікаря, міститься у ст. 47 ЦПК України тощо.

Список бібліографічних посилань:

1. Харитонов Є. О. Цивільний процес України: навч. посіб. Київ: Істина, 2012. С. 50.
2. Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар до Цивільного процесуального кодексу України. 2-ге вид., перероб. і допов. Харків: Фактор, 2010. С. 153.
3. Цивільний процес: навч. посіб./А. В. Андрушко, Ю. В. Білоусов, Р. О. Стефанчук та ін.; за ред. Ю. В. Білоусова. Київ: Прецедент, 2005. С. 78.
4. Харитонов Є. О. Цивільний процес України: навч. посіб. Київ: Істина, 2012. С. 104.
5. Цивільне процесуальне право України: навч. посіб./за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2006. С. 76.

Одержано 15.04.2017

УДК 347.922

Тетяна Володимирівна Степаненко,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2323-987X>

ПЕРСПЕКТИВИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ЧИСЛЕННИХ ГРУП ОСІБ У СВІТЛІ ПРОЕКТІВ ЦПК, ГПК ТА КАС УКРАЇНИ

23.03.2017 у Верховній Раді зареєстрований законопроект № 6232 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». Даний законопроект розроблений Радою з питань судової реформи і зміни, що передбачені у відповідних процесуальних кодексах, як зазначається у пояснювальній записці, необхідні для роботи нового Верховного Суду та сприятимуть подоланню процесуальних проблем, які перешкоджають ефективному судовому захисту в Україні. Серед таких законодавчих змін Радою з питань судової реформи було проанонсовано вирішення питання групових (або «класових», «масових») позовів та інші питання, які дозволять зменшити навантаження на судову систему [1].

Варто зазначити, що груповий позов – це дійсно новий, порівняно з багатьма другими, для українського судочинства інститут, який з'явився й набув розвитку в країнах загального права. Можливість та необхідність його введення до національної правової системи була предметом достатньої кількості наукових досліджень, предметом обговорення на тематичних науково-практичних заходах, зокрема круглому столі «Масовий позов: перспективи в Україні через призму зарубіжного досвіду» організованому Верховним Судом України спільно з Київським національним університетом імені Тараса Шевченка за підтримки Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» (червень 2015 р.), та семінарі, організованому дирекцією Європейської комісії з питань політики сусідства і розширення переговорів та Вищим господарським судом України (жовтень 2016 р.).

Результати проведених теоретичних досліджень та дискусій на науково-практичних заходах практично одногосні – існує необхідність подальшого врегулювання на законодавчому рівні інституту групового позову в Україні та запровадження означеного інституту в цивільному, господарському та адміністративному судочинстві з огляду на специфіку правовідносин у спорах, які вирішуються. Національною юридичною спільнотою визнано, що груповий позов є складовою того правового інструментарію, упровадження якого свідчитиме про розвиток правової системи держави загалом, а його використання дасть змогу вирішити низку правових проблем, зокрема таких, як потреба розширення доступу до правосуддя, економія коштів, у тому числі державного бюджету, підвищення правової культури суспільства, превентивний вплив на поведінку учасників правовідносин із метою попередження неправомірних дій, що можуть призвести до масових порушень прав та інтересів великої кількості осіб, тощо [2]. При цьому більшість учасників наукової дискусії солідарні у визначенні переліку основних питань, які потребують вирішення в процесуальному законодавстві:

- критерії визнання позову як групового (сертифікація);
- визначення складу групи та згоди потенційних учасників провадження на участь у ньому: механізми погодження або відмови (участі/неучасті, opt-in/opt-out);
- визначення юрисдикції та процесуальної компетенції судів з розгляду і вирішення справ за груповими позовами; запровадження інстанційної підсудності групових позовів, зокрема, можливість розгляду справи апеляційними судами як судами першої інстанції;
- процесуальний механізм подання групового позову (через єдиного позивача – представника груп або особою, яка діє в чужих інтересах: громадські об'єднання, органи державної влади, органи прокуратури та Уповноваженого Верховної Ради з прав людини);
- перекваліфікація справи за індивідуальним позовом у груповий позов за ініціативою суду та/або сторін у справі; наділити суд за наявності обґрунтованих підстав правом розподілу групи на підгрупи;
- інформування учасників (потенційних учасників) групи про відкриття провадження у справі за груповим позовом, час та місце судового розгляду, прийняте судове рішення;
- закриття провадження без ухвалення рішення суду: відмова від позову, можливість укладення мирової угоди в процесі розгляду групового позову;
- право особи, яка не була членом групи у провадженні за груповим позовом, але рішення у справі стосується її прав, звертатися до суду в індивідуальному, але процесуально спрощеному, порядку, доводячи лише те, що рішення стосується її прав (принцип opt-out);
- оскарження рішення як кожним із членів групи, так і особами, які не є членами групи, проте рішення стосується їх прав, та виконання рішення [2–7].

Враховуючи вищевикладене, цілком справедливо було очікувати вирішення вищезазначених питань в нормах проектів ЦПК, ГПК та КАС України. Втім, чи виправдались такі очікування?

В тексті проекту ЦПК України відсутні положення, що стосуються порядку розгляду групових позовів, що на нашу думку, є явним упущенням. Проект лише містить норми (п. 5 ч. 1 ст. 162), аналогічні ст. 98 ЦПК України щодо віднесення до переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ, вимоги про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів. Виходячи з цього можна говорити, що в проекті ЦПК, і відповідно, в майбутньому

вітчизняному цивільному судочинстві, знайшла закріплення лише одна модель групового позову і лише в чітко визначеній сфері – захист невизначеного кола споживачів.

Проектом змін до ГПК України, в рамках вдосконалення правового регулювання участі у справі осіб, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб, пропонується введення до господарського судочинства України іншого різновиду групових позовів – так званих похідних (непрямих) позовів, які вважаються ефективним засобом захисту як загального корпоративного інтересу акціонерного товариства, так і індивідуальних прав акціонерів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 55 проекту ГПК власник (учасник, акціонер) юридичної особи, якому належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства (крім привілейованих акцій), або частка у власності юридичної особи якого складає 10 і більше відсотків, може подати в інтересах такої юридичної особи позов про відшкодування збитків, завданих юридичній особі її посадовою особою.

В сфері адміністративного судочинства законопроектом запропоновано такий варіант вирішення численної кількості тотожних позовних вимог як виробити однозначну практику вирішення тієї чи іншої категорії справ шляхом розгляду та вирішення Верховним Судом зразкової справи та в подальшому розглядати типові справи в спрощеному провадженні з урахуванням рішення у зразковій справі (на зразок з пілотними рішеннями ЄСПЛ). Так, Глава 11. Проекту КАС «Особливості позовного провадження в окремих категоріях адміністративних справ» містить § 3 «Розгляд типових та зразкових справ». Така новація безумовно позитивна в тому сенсі, що сприятиме однаковому та правильному застосуванню норм одного й того самого закону судами в однотипних справах. Однак чи зменшить це навантаження на суди? Крім того, вважаю за необхідне зазначити, що таке обов'язкове значення рішення у зразковій справі повинно мати лише у випадку підтвердження судовим актом прав позивача. Проте навряд чи кожна зразкова справа буде вирішена судом на користь позивача. З цього приводу справедливим видається точка зору Е. М. Мурадян щодо вимоги до пілотного рішення, яка зазначає, що пілотна судова постанова повинна підтверджувати позовні вимоги особи, яка ініціювала процес. Лише при такому підході тотожні справи після набрання законної сили пілотним рішенням у зразковій справі можна розглядати і вирішувати у спрощеному провадженні [8].

Список бібліографічних посилань:

1. Оприлюднені проекти нових ЦПК, ГПК та КАС // Закон і бізнес. 10.03.2017. URL: <http://zib.com.ua/ua/127922-oprilyudneni-proekti-novih-cpk-gpk-ta-kas.html> (дата звернення: 23.04.2017).
2. Рекомендації круглого столу «Масовий позов: перспективи в Україні через призму зарубіжного досвіду» // Верховний Суд України: офіц. сайт. 07.06.2015. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/5CC45810BAD05D0CC2257E7A00458D13](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/5CC45810BAD05D0CC2257E7A00458D13) (дата звернення: 23.04.2017).
3. Романюк Я., Майстренко Л. Масовий позов: загальна характеристика, зарубіжний досвід і перспективи впровадження в Україні. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 3. С. 35–47.
4. Білоусов Ю. В. Груповий позов: зарубіжний досвід та перспективи його використання в Україні. *Університетські наукові записки*. Хмельницький, 2012. № 1 (41). С. 295–309.
5. Можаровська К. В. Масовий позов у цивільному процесі України: у пошуках оптимальної процесуально-правової форми. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. № 16, т. 2. С. 7–11.
6. Різник О. Р. Масовий позов в адміністративному процесі: питання доцільності запровадження в Україні. *Адміністративне право і процес*. 2016. № 1 (15). С. 192–198.
7. Кройтор В., Степаненко Т. Судове провадження за масовими позовами: пропозиції з удосконалення українського законодавства у світлі досвіду країн Європейського Союзу. *Право України*. 2015. № 9. С. 71–78.

8. Мурадян Э. М. О пилотном постановлении. *Современное право*. 2012. № 1. С. 133–135. URL: <https://www.sovremennoepravo.ru/m/articles/view/O-пилотном-постановлении> (дата звернення: 23.04.2017).

Одержано 18.04.2017

УДК 347.1

Катерина Валеріївна Бєлінська,

приватний нотаріус

Харківського міського нотаріального округу Харківської області

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ ШЛЯХОМ НАДАННЯ НОТАРІУСАМ ФУНКЦІЙ МЕДІАТОРА

На сьогодні Україна перебуває в стадії подальшого реформування, всіх сфер життєдіяльності українського суспільства, зокрема і шляхом реалізації в Україні новітніх правових підходів.

Зміст сучасного етапу формування державотворчих та правотворчих концепцій України має відповідати потребам становлення української держави як правової, а українського суспільства – як громадянського.

Одних із шляхів реалізації новітніх правових підходів стало широке запровадження інституту медіації в українському суспільстві. Нині розроблено і подано до Верховної Ради України проект Закону України «Про медіацію». За цим законопроектом медіація – альтернативний (позасудовий) метод вирішення спорів, за допомогою якого дві або більше сторони спору намагаються в рамках структурованого процесу, самостійно, на добровільній основі досягти згоди для вирішення їх спору за допомогою медіатора (ст. 2 проекту Закону «Про медіацію»).

Медіатор – особа, яка відповідає вимогам, встановленим цим законом та медіаційним застереженням (угодою про медіацію), яка має статус медіатора відповідно до цього закону і яку сторони спору обрали для проведення медіації. Медіатором може бути фізична особа, яка досягла двадцяти п'яти років, має вищу або професійно-технічну освіту та пройшла професійне навчання медіації, що має включати 90 академічних годин початкового навчання, в тому числі не менше 45 академічних годин навчання практичним навичкам. Тобто проект Закону «Про медіацію» допускає здійснення медіативної діяльності особами, які не мають юридичної освіти. Таке положення є спірним, так як йде мова про сферу вирішення правових конфліктів.

Сторони медіації – фізичні, юридичні особи та/або групи осіб, які бажають врегулювати свій спір за допомогою процедури медіації.

Учасники медіації – медіатор (медіатори), сторони медіації, їх представники, законні представники, перекладач, експерти та інші особи за домовленістю сторін медіації.

Основним завданням зазначеного проекту Закону є визначення правових основ надання послуг медіації на професійних засадах, поширення практики мирного вирішення спорів несудовими методами, шляхом укладання договорів, з метою розвантаження судів та забезпечення збалансованих взаємовідносин між інститутом медіації та судовою системою.

Для встановлення можливості залучення нотаріусів до сфери медіації є необхідність проведення відповідних наукових досліджень.

Нотаріат в Україні – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про нотаріат»). Нотаріусом може бути громадянин України, який має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи у сфері права не менш як шість років, з них помічником нотаріуса або консультантом державної нотаріальної контори – не менш як три роки, склав кваліфікаційний іспит і отримав свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю. Не може бути нотаріусом особа, яка має судимість, обмежена у дієздатності або визнана недієздатною за рішенням суду (ч. 2 ст. 3 Закону України «Про нотаріат»). Тобто, професія нотаріуса дає можливість в повній мірі розглядати його в якості медіатора та використати його потенціал у сфері правозастосування. В обов'язки нотаріуса входить сприяти громадянам, підприємствам, установам і організаціям у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду.

Перелік нотаріальних дій, які мають право вчиняти нотаріус врегульований ст. 34 Закону України «Про нотаріат». Згідно вимог ст. 54 Закону України «Про нотаріат» нотаріуси посвідчують угоди, щодо яких законодавством встановлено обов'язкову нотаріальну форму, а також за бажанням сторін й інші угоди.

Нотаріуси перевіряють, чи відповідає зміст посвідчуваної ними угоди вимогам закону і дійсним намірам сторін. Під час посвідчення договору нотаріус визначає обсяг цивільної дієздатності фізичної особи та перевіряє цивільну правоздатність та дієздатність юридичної особи, які є стороною договору. Фактом посвідчення договору нотаріусом є факт визнання його безспірності.

Роз'яснення нотаріусом сторонам договору під час його укладання та підписання їх прав та обов'язків, які виникнуть у них після підписання договору, а також роз'яснення правових наслідків, які настануть у сторін договору після його підписання і є прямою функцією медіації. А факт двостороннього підписання договору сторонами в присутності нотаріуса є фактом вирішення юридичного конфлікту на стадії досудового врегулювання.

До речі, ще одним із шляхів позасудового врегулювання цивільних правовідносин є вчинення виконавчого напису.

Згідно вимог ст. 18 ЦК України нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом.

Таким чином, можливо констатувати, що нотаріус виконуючі свої прямі обов'язки, які надані Законом, щодо вирішення цивільно-правових конфліктів, які виникають в цивільних правовідносинах вже зараз виконує функції медіатора.

Одержано 24.04.2017

Тетяна Андріївна Цувіна,*асистент кафедри цивільного процесу**Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого;**ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5351-1475>*

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСУДОВОЇ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ

В умовах інтеграції до європейського простору одним із пріоритетних напрямків конституційно-правової реформи в Україні визнається підвищення ефективності цивільного судочинства з метою забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд відповідно п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. У такому контексті все більшої популярності набувають такі альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів, як третейське судочинство, міжнародний комерційний арбітраж, медіація тощо, які, з одного боку, дозволяють розвантажити судову систему та підвищити її ефективність, а з іншого – диверсифікують форми захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів осіб на національному рівні відповідно до міжнародного стандарту доступності правосуддя, який сьогодні розуміється як обов'язок держави забезпечити доступ не лише до судових органів класичного типу, однак і до альтернативних способів вирішення спорів, запроваджених на національному рівні. Проте вітчизняна практика впровадження альтернативного вирішення цивільно-правових спорів викликає низку проблем, що пов'язані як із вадами або відсутністю правового регулювання у національному законодавстві окремих способів альтернативного вирішення спорів, так і з необхідністю обрання оптимальної моделі альтернативного вирішення цивільно-правових спорів та її інтеграції з цивільним судочинством.

Останнім часом найбільш гостродискусійним у сфері альтернативного вирішення цивільно-правових спорів є питання щодо можливості впровадження на рівні національного правопорядку інституту медіації. Зазначена проблема є багатоаспектною та зумовлює низку питань щодо ефективної моделі медіації, акредитаційних вимог до медіатора, деонтологічних норм поведінки медіатора, фінансування медіаційної діяльності тощо. Поряд з цим, усі зазначені питання зосереджені, як правило, навколо зовнішньої медіації, яка не є безпосередньо інтегрованою до процедур цивільного судочинства, натомість питання присудової (судової) медіації залишається мало дослідженим на сторінках вітчизняної літератури, хоча воно становить великий науковий інтерес у контексті конституційної реформи та очікуваних змін до процесуального законодавства.

Директива Європейського Парламенту та Ради «Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських справах» 2008/52/ЄС визначає медіацію як структурований процес незалежно від його назви, в якому дві або більше сторони намагаються самостійно і на добровільній основі досягти домовленості про врегулювання свого спору за участю медіатора. З точки зору інтегрованості, зв'язку з цивільним процесом основним є розподіл медіації на присудову (судову) та досудову (зовнішню). Присудова медіація (court-related mediation, court-connected mediation, court-annexed mediation) – один із видів медіації, що проводиться після звернення особи до суду і інтегрована у цивільне судочинство, на відміну від досудової або зовнішньої медіації, що проводиться без звернення до суду. На

сьогодні аналіз зарубіжної літератури дозволяє говорити про декілька моделей присудової медіації, що склалися у світі, залежно від того, хто виконує функції медіатора при проведенні присудової медіаційної процедури. Зокрема, можна виділити такі моделі: 1) зовнішня присудова медіація (external court-annexed mediation) (або «зближена» медіація чи приватна медіація в рамках судового процесу) – різновид присудової медіації, за якої суддя передає справу на розгляд медіатора, обраного сторонами, що не є суддею або іншим працівником суду, а займається наданням медіаційних послуг приватно та зареєстрований як медіатор (Німеччина, Австрія, Нідерланди); 2) внутрішня присудова медіація (internal court-annexed mediation) або інтегрована медіація – різновид присудової медіації, що проводиться ніби «всередині» суду, його працівниками або суддями-медіаторами, яка поділяється на два різновиди в залежності від того, хто виступає медіатором: а) проведення медіації іншим суддею суду, де розглядається справа, який не входить до складу суду, що розглядає зазначену справу (Фінляндія, Квебек); б) проведення медіації працівниками суду, що не є суддями, наприклад, спеціальними медіаторами, які працюють у центрі медіації при суді, або працівниками апарату суду, помічниками суддів тощо (Словенія, Франція).

Під час приватної медіації в рамках судового процесу справа передається на розгляд медіаторам, що здійснюють свою діяльність професійно на приватноправових засадах одноособово або в об'єднаннях медіаторів. Така медіація зазвичай є оплатною та проводиться за власний кошт сторін, сторони обирають медіатора самостійно серед медіаторів, що внесені до реєстру медіаторів. Внутрішня присудова медіація проводиться на безоплатній основі. У першому випадку, медіатором виступає інший суддя того ж суду, де розглядається справа, що пройшов спеціальну підготовку як медіатор, а під час проведення процедури медіації не має юрисдикційних повноважень судді. Суддя, який розглядає справу, не може бути медіатором у такій справі. Під час проведення присудової медіації судді-медіатори виступають тільки як приватні особи і не наділені суддівськими повноваженнями. Саме такий вид медіації впроваджувався в Україні у межах програми Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи» у пілотних судах (Білоцерківському міжрайонному суді Київської області, Вінницькому окружному адміністративному суді, Донецькому адміністративному апеляційному суді, Івано-Франківському міському суді). Проведення медіації іншими працівниками суду, окрім суддів, як правило, може мати місце до або після звернення до суду і проводиться на безоплатній та добровільній основі. У таких випадках, можуть створюватися також служби або центри медіації при суді (Словенія, Швеція, Японія).

На період проведення присудової медіаційної процедури провадження у справі, як правило, зупиняється. Зазвичай, від присудової медіації можна відмовитись на будь-якому етапі її проведення. У випадку, якщо медіаційна процедура закінчується врегулюванням спору та укладенням медіаційної угоди, то остання, як правило, затверджується судом або іншим чином набуває ознак здійсненості залежно від особливостей національного законодавства держави. Зокрема, на такі угоди можуть так само, як і до медіаційних угод за результатами зовнішньої медіації, поширюватися правила щодо цивільно-правового договору (Канада, Онтаріо). Однак найчастіше у зарубіжних законодавствах зазначені угоди мають бути затверджені судом як окремих різновид процесуального договору – медіаційна угода, або як мирова угода за загальними правилами цивільного судочинства (Фінляндія, Румунія, Російська Федерація). У деяких країнах така медіаційна

угода прирівнюється до судового рішення (Словенія). У випадку ж, коли присудова медіація виявилася безрезультатною, провадження у справі відновлюється та справа розглядається тим суддею, який передав справу на розгляд медіатору. Варто зауважити, що присудова медіація може бути як добровільною, коли сторони погоджуються на проведення медіаційної процедури на пропозицію судді чи за власною ініціативою подають про це клопотання, або обов'язковою, коли відповідно до норм національного законодавства судовий розгляд справи можливий лише у випадку невдалого завершення медіаційної процедури.

У чинному цивільному процесуальному законодавстві не передбачено інституту присудової медіації. Поряд з цим, у даному контексті інтерес становить запропонований Радою з питань судової реформи Проект ЦПК [1], зокрема щодо запровадження інституту врегулювання спору за участю судді, що наразі активно дискутується у наукових колах. Зокрема, виникає питання про можливість кваліфікації зазначеного інституту як своєрідної моделі присудової медіаційної процедури у вітчизняному цивільному процесуальному праві. Так, відповідно до ст. 202 Проекту ЦПК врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. Спільні наради проводяться за участю всіх сторін, їх представників та судді. Закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною із сторін окремо. (ч. 1 ст. 202 Проекту ЦПК). Суддя спрямовує проведення врегулювання спору за участю судді для досягнення сторонами врегулювання спору. З урахуванням конкретних обставин проведення наради суддя може оголосити перерву в межах строку проведення врегулювання (ч. 2 ст. 204 Законопроекту). На початку проведення першої спільної наради з врегулювання спору суддя роз'яснює сторонам мету, порядок проведення врегулювання спору за участю судді, права та обов'язки сторін (ч. 3 ст. 202 Проекту ЦПК). Під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, направлені на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору (ч. 4 ст. 202 Проекту ЦПК).

Аналіз норм Проекту ЦПК дає підстави висувати, що наділення судді під час процедури врегулювання спору за участю судді повноваженнями щодо пропонування сторонам можливих шляхів мирного врегулювання спорів не відповідає природі та сутності медіації, а скоріше подібне до консiliaції, яка є окремим способом альтернативного вирішення спорів, за якого справа за угодою сторін передається до консiliaтора, призначеного за згодою сторін, чия функція з'ясувати обставини справи об'єктивно та неупереджено та надати конкретні пропозиції для врегулювання спору між сторонами, які не є обов'язковими для сторін. Проте якщо консiliaтор обирається за згодою сторін, то врегулювання спору за участю судді здійснюється суддею, який відкрив провадження у справі. Виходячи із зазначеного, вважаємо, що запропонований у Проекті ЦПК інститут врегулювання спору за участю судді не може бути кваліфікований, ані як модель присудової медіації, ані як модель присудової консiliaції.

Поряд з цим, аналіз зарубіжного законодавства свідчить, що перспективним напрямком реформування вітчизняного процесуального законодавства має стати впровадження саме присудової медіації. На наш погляд, у національному правопорядку доцільніше

обрати модель добровільної присудової медіації для всіх категорій справ, за якого проведення такої процедури можливе лише за наявності згоди сторін безвідносно до категорії справи. При цьому варто передбачити інститут судді-медіатора, тобто обрати таку модель присудової медіації, за якої медіатором виступає спеціально акредитований суддя-медіатор того суду, в якому розглядається справа, однак не той суддя, що розглядає справу. Слід закріпити, що у випадку, коли сторони бажають скористатися процедурою присудової медіації, суддя, що розглядає справу, зупиняє провадження та передає справу іншому, обраному сторонами судді-медіатору. За таких умов забезпечуватимуться такі визначальні принципи медіації, як нейтральність судді-медіатора та конфіденційність. Особлива увага у такому контексті має бути приділена також питанню наслідків проведення присудової медіації. Найдоцільніше, на наш погляд, закріпити положення щодо того, що за наслідками присудової медіації має укладатися медіаційна угода, яка затверджується судом. Така регламентація узгоджуватиметься із положеннями ч. 2 ст. 6 Директиви Європейського Парламенту та Ради «Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських справах» 2008/52/ЄС виконання змісту угоди може бути забезпечене судом або іншим органом, компетентним виносити постанови або рішення, чи іншим достовірним інструментом, згідно з внутрішнім законодавством держави.

Список бібліографічних посилань:

1. Проект Цивільного процесуального кодексу України: від 23.04.2017 // Рада з питань судової реформи: офіц. сайт. URL: <http://jrc.org.ua/upload/steps/ef68b2bd1bb9cf0e201d18e3c2444673.pdf> (дата звернення: 05.05.2017).

Одержано 20.04.2017

УДК 347.132.6

Альона Сергіївна Бахаєва,

здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4

Харківського національного університету внутрішніх справ;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6498-2213>

ПОЗИЦІЯ СУДУ ЩОДО ПОМИЛКИ ТА ОМАНИ ПРИ УКЛАДЕННІ ПРАВОЧИНІВ

Незважаючи на значний обсяг досліджень, що нагромадився навколо блоку недійсних правочинів, у цивілістичній доктрині не має єдиної думки щодо правової класифікації вад волі та волевиявлення при укладенні правочинів як умови дійсності правочину та їх місця в системі юридичних фактів.

Окремі елементи вад волі та волевиявлення при укладенні правочинів традиційно поділялися на дві групи: 1) без внутрішньої волі на укладення правочину; 2) внутрішня воля сформувалась невірно.

До цього числа відносяться правочини, зроблені під впливом помилки, обману, насильства, зловмисної домовленості представника однієї сторони з іншою стороною, під впливом тяжких обставин, вчинених дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними (ст. 225, 229–233 ЦК). Характерна риса зазначених недійсних правочинів – невідповідність

волевиявлення (яке має повністю відповідати вимогам закону) справжньої волі особи, якої немає, або вона склалася поза дійсним бажанням особи укласти правочин. У правочині підмінюється воля сторони правочину на волю сторонньої особи, яка здійснює протиправний вплив на волю сторони.

Відповідно до ч. 1 ст. 229 ЦК України, якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Узагальнюючи підстави, ми класифікуємо їх таким чином:

1) при *помилці у характері правочину* – сторони помиляються у визначенні самого правочину, наприклад, укладають договір оренди майнового паю, при наданні речі на зберігання застосовують правила договору безоплатного користування річчю. Так у справі № 723/26/14-ц суд касаційної інстанції, залишаючи без змін рішення апеляційного суду, яким визнано недійсним договір дарування житлового будинку, виходив із того, що укладаючи оспорюваний договір дарування, позивач помилився щодо фактичних обставин правочину та його природи, що вплинуло на його волевиявлення під час укладення договору дарування замість договору довічного утримання (див.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62058375>);

2) *помилка в предметі правочину (помилка в якості предмету)* має місце, коли учасник правочину під час укладання правочину помилково мали на увазі різні речі, і ця помилка була з'ясована лише при передачі речі, наприклад, покупець бажає придбати взуття з натуральної шкіри, а йому продають зі штучної, оскільки продавець не знав про наміри покупця. Так у справі № 6-372цс16 суд встановив, що наявність чи відсутність помилки – неправильного сприйняття позивачем фактичних обставин правочину, що вплинуло на волевиявлення особи під час укладення договору дарування замість договору довічного утримання, суд визначає не тільки за фактом прочитання сторонами тексту оспорюваного договору дарування та роз'яснення нотаріусом суті договору, а й за такими обставинами, як: вік позивача, його стан здоров'я та потреба у зв'язку із цим у догляді й сторонній допомозі; наявність у позивача спірного житла як єдиного; відсутність фактичної передачі спірного нерухомого майна за оспорюваним договором дарувальником обдаровуваному та продовження позивачем проживати в спірній квартирі після укладення договору дарування.

Не є помилкою щодо якості речі неможливість її використання або виникнення труднощів у її використанні, що сталося після виконання хоча б однією зі сторін зобов'язань, які виникли з правочину, і не пов'язане з поведінкою іншої сторони правочину. Не має правового значення помилка щодо розрахунку одержання користі від вчиненого правочину;

3) *помилка в особі контрагента* має місце, коли особу помилково приймають за однофамільця чи особа повторно звертається в установу для надання послуги і з'ясовується, що в ній вже не працює той робітник, який останнього разу був виконавцем послуги. Так в справі № 522/2038/14 ухвалюючи рішення про задоволення позовних вимог, суд першої інстанції, з висновками якого погодились суди апеляційної та касаційної інстанцій, дійшов висновку про те, що позивачка, надаючи нотаріально посвідчену згоду на укладення договору купівлі-продажу квартири, помилялась стосовно істотних умов оспорюваного договору, а саме ціни квартири та особи-покупця;

4) *помилка в праві* – це випадки, коли особи перебували в омані з підстави правового регулювання правочину. Наприклад, уклали договір поставки під час дії мораторію на ввіз. Так у справі № 6-25376св10 апеляційний суд не врахував і змісту п. 5 Прикінцевих положень Закону України «Про внесення змін до деяких законів України з метою

подолання негативних наслідків фінансової кризи», за яким на 2009–2010 роки введено мараторій на примусове виселення із житла, в якому зареєстрована фізична особа іпотекодавець, і це житло є єдиним житлом іпотекодавця, у разі якщо відсотки за іпотечним житловим кредитним договором сплачується своєчасно або з максимальною затримкою до двох місяців, а також документально врегульовано питання реструктуризації боргу на угоджених з банком умовах виселення буде неможливим.

Відповідно до ч. 1 ст. 230 ЦК України, якщо одна із сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин визнається судом недійсним. Якщо було навмисне введення особи в оману відносно дійсних умов правочину, в результаті чого сторона укладає не вигідний для себе договір, такі недійсні правочини іменуються вчиненими під впливом обману. Обман може виражатися в двох формах:

1) в активній формі, коли стверджуються неправдиві факти про правочин, його елементи; заперечуються недоліки; перебільшення; підробки і т.п. Так у справі № 668/13508/14-ц суд дійшов висновку, що неправдиве повідомлення батьками, які є одночасно законними представниками неповнолітньої або малолітньої особи, про відсутність прав дитини на майно, що передається в іпотеку, не може бути підставою для визнання іпотеки недійсною за позовом батьків, які зловживали своїми правами законних представників дитини, а може спричинити інші наслідки, передбачені законодавством, які застосовуються органами опіки та піклування.

2) у пасивній формі, коли навмисно вмовчується про дійсні факти: ненадання повної документації; приховання інформації і т.п. Так, у справі № 6-7184св08 судом установленно, що 31 травня 2007 року між БАТ «Донецьксілбуд» та відповідачами був укладений та нотаріально посвідчений договір купівлі-продажу 70/100 частин будівель автобаз. Відповідачі навмисно замовчували наявність обставин, що можуть перешкодити вчиненню правочину, а саме відсутність у них наміру сплачувати за придбання майна 3 млн. 900 тис. грн. Унаслідок дій відповідачів позивач навмисно був введений в оману щодо вартості майна, яку мали намір сплатити за його придбання відповідачі, замовчуючи існування обставин, які могли перешкодити вчиненню правочину з боку позивача.

Головний елемент цих недійсних правочинів – прямий намір контрагента або третіх осіб, які діють на прохання контрагента, на введення сторони в оману. Як вказують науковці, обман може стосуватися не тільки умов правочину, але й знаходитися за межами правочину, наприклад, стосуватися мотиву і цілей правочину.

Частина 2 ст. 230 ЦК України встановила виняток із загального правила визнання правочину недійсним двосторонній реституції, яке полягає у двократному розмірі відшкодування завданих збитків і можливості стягнути моральну шкоду зі сторони, яка використовувала оману.

Омана у правочинах не поширюється на випадки, коли помилка стосується мотивів укладання правочину.

Одержано 25.04.2017

Станіслав Михайлович Теплюк,*аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

РІШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ: ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ

Одним із популярних способів врегулювання спорів, що виникають із міжнародних комерційних контрактів, є їх вирішення міжнародним комерційним арбітражем. В процесі своєї діяльності міжнародний комерційний арбітраж вирішує різні питання, що оформлюється у вигляді певних документів.

В залежності від виду питань, вирішення яких зафіксоване у документах, виданих у процесі чи в результаті арбітражного розгляду, їх поділяють на: 1) арбітражні рішення (arbitral awards); 2) рішення (іноді їх називають постанови чи накази), спрямовані на вирішення процесуальних питань (наприклад, призначення розкладу слухань, встановлення строків подачі документів) [1, с. 111].

Відмежування арбітражних рішень від інших документів, які можуть видаватися в процесі арбітражного розгляду, є надзвичайно важливим у контексті визнання і виконання арбітражних рішень. Адже Конвенція про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, укладена у Нью-Йорку 10 червня 1958 року (далі – Нью-Йоркська конвенція), інші міжнародні уніфіковані документи та національне законодавство держав, містять правила визнання і надання дозволу на виконання саме арбітражних рішень.

Більшість авторів погоджується із тим, що арбітражне рішення (arbitral award) є письмовим документом, розробленим і підписаним арбітрами, що містить остаточне рішення арбітражу з приводу певних вимог чи спорів [2, с. 307].

Такі ознаки арбітражного рішення виводяться із ст. IV (1) (а) Нью-Йоркської Конвенції, відповідно до якої для отримання визнання і приведення до виконання арбітражного рішення, сторона, що запитує визнання і виконання, при подачі відповідного клопотання представляє належним чином завірене справжнє арбітражне рішення чи його належним чином засвідчену копію.

Крім того, ознаки арбітражного рішення містяться й у Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (далі – Типовий закон), та, відповідно у національному законодавстві окремих країн, які використали Типовий закон для розробки власного законодавства про міжнародний комерційний арбітраж. Більшість регламентів постійно діючих міжнародних комерційних арбітражів також приділяють увагу цьому питанню.

Так, відповідно до ст. 31 Типового закону арбітражне рішення виноситься у письмовій формі та підписується арбітрами. Схожу норму містить ст. 31 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року № 4002 [3], ст. 31 Закону Швеції «Про арбітраж» [4], ст. 49 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України [5], ст. 42 (1,2) Арбітражного регламенту Арбітражного Інституту Торгової палати Стокгольму [6].

Крім того, усі зазначені документи окремо регулюють питання щодо кількості підписів арбітрів, якщо арбітражний розгляд був колегіальним. Зокрема, у такому разі арбітражне рішення може бути підписано як усіма арбітрами так і їх більшістю. У останньому

випадку арбітражне рішення повинно вказувати причину відсутності підписів відповідних арбітрів. Закон Швеції «Про арбітраж» також передбачає, що сторони мають право домовитися, щоб рішення було підписано лише головою арбітражного складу.

Дещо інший підхід до форми арбітражних рішень спостерігається у праві Англії. Зокрема, відповідно ст. 52 (1) Арбітражного закону Англії сторони мають право домовитися про форму арбітражного рішення [7]. Положення ст. 52 (3) Арбітражного закону Англії, про те, що арбітражне рішення має бути у письмовій формі, підписане усіма арбітрами, або тими з них, хто його схвалив застосовуються лише у тому випадку, якщо сторони не вирішили питання щодо форми арбітражного рішення.

Аналогічний підхід спостерігається у ст. 26 Арбітражного регламенту Лондонського Міжнародного Третейського Суду, яка додатково вказує на те, що згода сторін про форму арбітражного рішення має бути письмовою [8].

Одна з вимог, що ставляться до арбітражного рішення, полягає у тому, що воно має бути вмотивованим, крім тих випадків, коли сторони домовилися про інше, або коли арбітражне рішення фіксує мирову угоду між сторонами (іншими словами є рішенням на узгоджених умовах (ст. 31 Типового закону).

Арбітражне рішення – це документ, створений арбітрами, а не арбітражною установою чи її секретаріатом. Відтак, рішення про призначення арбітрів, вибір місця арбітражу та інші подібні рішення не є «арбітражними рішеннями» у контексті Нью-Йоркської конвенції та національного законодавства держав, що регулює визнання і надання дозволу на примусове виконання арбітражних рішень [2, с. 307].

Дослідники міжнародного комерційного арбітражу по-різному класифікують арбітражні рішення. Так, наприклад, Р. Гарнет (R. Garnett), Г. Габріель (H. Gabriel), Дж. Вайнцимер (J. Waincymer) та Дж. Епстейн (J. Epstein) виділяють попередні рішення; рішення на узгоджених умовах; рішення, винесені, не зважаючи на те, що сторона не з'являлася на слухання чи не надала документальних доказів; остаточні рішення [9, с. 91–94].

Г. Б. Борн (G.B. Born) виокремлює остаточні, часткові, проміжні, арбітражні рішення на узгоджених умовах, рішення, винесені, не зважаючи на те, що сторона не з'являлася на слухання чи не надала документальних доказів, додаткові арбітражні рішення [2, с. 313–315].

На думку Ф. Капера (Ph. Capper), міжнародний комерційний арбітраж виносить наступні види рішень: попередні, проміжні, часткові, остаточні, рішення на узгоджених умовах, рішення, винесені, не зважаючи на те, що сторона не з'являлася на слухання чи не надала документальних доказів, додаткові арбітражні рішення [1, с. 111–112].

У підсумку зазначимо, що арбітражні рішення необхідно відокремлювати від інших документів, що видаються в ході арбітражного процесу. Міжнародні уніфіковані документи та національне право держав встановлюють певні вимоги до рішень міжнародних комерційних арбітрів. Існують різні види арбітражних рішень.

Список бібліографічних посилань:

1. Capper P. *International Arbitration: a Handbook*. London: LLP, 2004. 179 p.
2. Born G. B. *International Arbitration: Law and Practice*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. 480 p.
3. Про міжнародний комерційний арбітраж: закон України від 24.02.1994 № 4002-XII // База даних «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>.
4. The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116). URL: <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>.

5. Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України: затв. рішенням Президії Торгово-промислової палати України № 18 (1) від 17 квіт. 2007 р. із змін. URL: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/rules.html>.

6. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: adopted by the Stockholm Chamber of Commerce and in Force as of 1 January 2017. URL: http://www.sccinstitute.com/media/169838/arbitration_rules_eng_17_web.pdf.

7. Arbitration Act 1996. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/52>.

8. LCIA Arbitration Rules – effective 1 October 2014. URL: <http://www.lcia.org/News/lcia-arbitration-rules-effective-1-october-2014.aspx>.

9. Garnett R., Gabriel H., Waincymer J., Epstein J. Practical Guide to International Commercial Arbitration. New York: Oceana Publications, Inc., 2000. 216 p.

Одержано 18.04.2017

Наукове видання

Проблеми цивільного права та процесу

Тези доповідей учасників
науково-практичної конференції,
присвяченої світлій пам'яті
Олександра Анатолійовича Пушкіна

19–20 травня 2017 р.

Відповідальні за випуск: *Ю. М. Жорнокуй, П. О. Білоус,
А. С. Тяпкін*

Комп'ютерне верстання: *А. О. Зозуля, П. О. Білоус*

Формат 60х84/16. Ум. друк. арк. 22,87. Обл.-вид. арк. 31,65.
Тираж 70 пр. Зам. № 2017-17.

Видавець і виготовлювач –
Харківський національний університет внутрішніх справ,
просп. Л. Ландау, 27, м. Харків, 61080.
Свідectво суб'єкта видавничої справи ДК № 3087 від 22.01.2008.